



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE LA CULTURE

--

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

**RAPPORT SUR L'OBJET ET LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT
VOISIN DES ÉDITEURS DE PUBLICATIONS DE PRESSE**

Laurence Franceschini, conseiller d'Etat

assistée de Marion Estivalèzes

Rapport présenté au CSPLA le 13 février 2018

Son contenu n'engage que son auteure

Janvier 2018

Sommaire

Introduction	6
I. Les justifications d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de publications de presse induisent une conception large de l'objet de ce droit.....	11
1. L'essence même du droit voisin des éditeurs de publications de presse implique de ne pas le morceler.....	11
1.1 La contribution à la liberté de la presse et à ses valeurs	11
1.2 La protection des investissements des éditeurs de presse, qui est le fondement du droit voisin des éditeurs de presse tel que prévu dans la proposition de directive, justifie une conception large de ce droit.....	13
2. Un droit voisin non segmenté.....	14
II. Les objets du droit voisin des éditeurs de presse sont nécessairement ceux protégés par le droit d'auteur	17
1. La question des <i>snippets</i> : le droit voisin des éditeurs de publications de presse englobe-t-il les <i>snippets</i> ?	17
1.1. <i>Snippets</i> et hyperliens	19
1.2 Les <i>snippets</i> protégés par le droit d'auteur sont dans toute leur diversité protégés par le droit voisin.....	22
1.2.1 La question de la définition du snippet	22
1.2.2 La spécificité du droit voisin accorde aussi une inclusion large des snippets si et dans la mesure où ils constituent une reproduction.....	23
2. La photographie.....	25
III. L'extension des titulaires de ce droit voisin – La question des agences	28
1. La définition de l'agence de presse la distingue clairement de la publication de presse .	28
2. Les agences de presse sont néanmoins confrontées aux mêmes difficultés que les journaux et les magazines.....	29
3. Comme pour les éditeurs de publications de presse <i>stricto sensu</i> , le droit d'auteur ne suffit pas à leur assurer une protection suffisante	31
4. Une extension de principe pertinente dans l'univers numérique mais aussi raisonnée....	32
5. Il convient d'éviter la concurrence des droits et notamment des droits voisins.....	33
Annexes	34
Annexe 1 : Lettre de mission du président du CSPLA.....	34
Annexe 2 : Liste des organisations et personnes consultées	36
Annexe 3 : Arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, 16 juillet 2009, affaire C-5/08, Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening	38
Annexe 4 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 13 février 2014, affaire C-446/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd contre Retriever Sverige AB	52
Annexe 5 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 21 octobre 2014, affaire C-	

348/13, BestWater International GmbH contre Michael Mebes, Stefan Potsch	60
Annexe 6 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 12 novembre 2015, affaire C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL contre Reprobel SCRL	64
Annexe 7 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 8 septembre 2016, affaire C-160/15, GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt geertruida Dekker	83
Annexe 8 : Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, 26 mars 2017, affaire C-279/13, C More Entertainment AB contre Linus Sandberg	94
Annexe 9 : Arrêt de la Cour de cassation, 1 ^{ère} Chambre civile, 5 juillet 2017, n° 16-13.092, Playmedia / France Télévision	102
Annexe 10 : Arrêt de la Cour d'appel de Paris, pôle 5, 1 ^{ère} chambre, 2 février 2016, Playmedia / France Télévision	107
Annexe 11 : arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne le 31 mai 2016 dans l'affaire Metall auf Metall	137
Annexe 12 : Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 9 ^{ème} chambre, 5 mai 2011, n° 2011/2999, Google Inc. contre Copiepresse	170
Annexe 13 : Compromis de la présidence estonienne du 30 octobre 2017.....	202
Annexe 14 : Propositions et modifications du projet de directive	268

Synthèse

Le présent rapport a pour objet de répondre aux deux questions posées : d'une part, quelle est l'étendue du futur droit voisin reconnu aux éditeurs de presse et en particulier, les éléments intégrés (notamment les photographies) dans une publication ou les extraits (*snippets*) peuvent-ils être protégés individuellement au titre du droit voisin des éditeurs de publications de presse ? D'autre part, qu'en est-il de l'intégration des agences de presse dans le champ d'application de ce droit voisin ? Il est le prolongement de la mission relative à la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse de 2016 sur le principe et l'analyse des conditions de mise en œuvre de ce droit.

Répondre à ces questions implique le rappel de certains principes. D'abord celui de la prééminence du droit d'auteur. Ensuite la distinction claire et essentielle du fondement de la protection entre le droit d'auteur et le droit voisin des éditeurs de presse, celui-ci étant fondé sur leur rôle d'investisseur et la protection étant allouée au nom de ces investissements. C'est la raison pour laquelle le rapport s'attache à montrer que segmenter ce droit voisin n'aurait guère de sens et ne trouve aucun principe sur lequel se fonder pour opérer une telle distinction. C'est donc une conception large de ce droit qui doit être retenue.

Pour autant, une fois ces principes posés il convenait de traiter les questions liées aux *snippets* et à la photographie. Les *snippets*, qui ne sont pas définis, sont au carrefour de plusieurs notions, comme celles des extraits ou des résumés. Le rapport s'est attaché à approcher cette notion dans la perspective de sa légitime protection par le droit voisin des éditeurs de presse. Cette légitimité s'appuie sur plusieurs éléments : le caractère massif de la reprise et de l'utilisation des *snippets* permis par le numérique d'abord, le fait que beaucoup d'entre eux sont très aisément substituables aux articles de presse eux-mêmes ensuite. Limiter le champ du droit voisin en excluant les *snippets* reviendrait à réduire considérablement la portée de ce nouveau droit qui ne s'appliquerait alors en fait qu'à l'agrégation de l'intégralité d'un article.

S'agissant de la photographie, qui fait l'objet comme les *snippets* d'utilisations les plus diverses dans l'univers numérique dans des proportions très importantes, la protection est nécessaire pour des raisons similaires. Elle l'est d'autant plus qu'au titre du seul droit d'auteur la preuve de l'originalité est toujours, pour les photographies, très difficile à apporter. Dans le cadre de cette protection il importe d'éviter la concurrence de différents droits.

D'où l'importance, que l'on ne saurait trop souligner, du contrat passé entre l'éditeur de presse et le journaliste ou l'agence photos, lorsque la photographie en cause n'a pas été réalisée par un salarié de l'entreprise de presse.

S'agissant de l'extension à d'autres opérateurs, l'extension aux agences de presse pour leurs productions propres est justifiée car elles sont confrontées aux mêmes difficultés que les publications de presse alors que, comme elles, elles ont dû beaucoup investir compte tenu des potentialités offertes par le numérique. C'est assez naturel en particulier pour les photographies des agences dont les droits n'ont été cédés aux organes de presse que pour un usage précis et limité. Pour les autres productions des agences, au-delà du principe posé, il convient dans son application de distinguer clairement ce qui relève du droit voisin de l'agence (production propre de l'agence) ou du droit voisin de l'éditeur de presse (article rédigé à partir d'une dépêche d'agence, par exemple).

La reconnaissance au niveau du droit de l'Union européenne de ce droit voisin des éditeurs de presse et des agences de presse largement conçu est un gage de la volonté de l'Union d'accompagner le développement de ces acteurs dans le cadre de leurs investissements rendus indispensables compte tenu de la nécessité d'innover dans l'environnement numérique et de leur permettre de concrétiser de véritables partenariats avec les grands opérateurs du numérique pour un meilleur partage de la valeur.

Introduction

Par une lettre de mission du 16 octobre 2017, le président du CSPLA, M. Pierre-François Racine, m'a chargée d'étudier, dans le cadre des discussions portant sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, les deux problématiques suivantes : d'une part la question des objets concernés par le droit voisin des éditeurs de publications de presse tel qu'il est prévu à l'article 11 de la proposition de directive du 14 septembre 2016 et d'autre part la définition des opérateurs auxquels il est susceptible de s'appliquer.

Cette demande s'inscrit dans le droit fil de la mission relative à la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse qui m'avait été confiée en 2016 sur le principe et l'analyse des conditions de mise en œuvre de ce droit.

Il est indiqué dans la lettre de mission, qui m'a été adressée, que « *la question se pose de savoir si les éléments intégrés (notamment les photographies) dans une publication ou les extraits (snippets) peuvent être protégés individuellement au titre du droit voisin. La question des opérateurs concernés par les dispositions européennes se pose particulièrement au sujet de l'intégration des agences de presse dans le champ d'application de ce droit voisin. La présente mission aura donc pour sujet principal la détermination de l'étendue du futur droit voisin reconnu aux éditeurs de presse par les articles 11 et 12 de la proposition de directive du 14 septembre 2016, tant vis-à-vis de l'objet du droit que de ses bénéficiaires.* »..

Je me suis employée à répondre à cette demande en rappelant l'essence et la justification de ce droit voisin (I), en traitant la question des objets de ce droit qui ne saurait faire abstraction de leur protection par le droit d'auteur (II) et en examinant le bien-fondé de l'intégration des agences de presse dans le champ d'application de ce droit voisin (III).

*

Le titre IV de la proposition de directive concerne les mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché des droits d'auteur.

L'article 11 étend les droits prévus aux articles 2¹ et 3, paragraphe 2², de la directive 2001/29/CE aux éditeurs de publications de presse pour l'utilisation numérique de leurs publications et l'article 12 prévoit la possibilité pour les États membres de permettre à tous les éditeurs de publications de presse de réclamer une partie de la compensation pour les utilisations relevant d'une exception. Ces deux articles ont une portée et une finalité différentes (cf. infra).

Aux termes de l'article 11 portant sur la protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations numériques « 1. Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation numérique de leurs publications de presse. / 2. Les droits visés au paragraphe 1 laissent intacts et n'affectent en aucune façon les droits conférés par le droit de l'Union aux auteurs et autres titulaires de droits, à l'égard des œuvres et autres objets protégés inclus dans une publication de presse. Ces droits sont inopposables aux auteurs et autres titulaires de droits et, en particulier, ne sauraient les priver de leur droit d'exploiter leurs œuvres et autres objets protégés indépendamment de la publication de presse dans laquelle ils sont inclus. / 3. Les articles 5 à 8 de la directive 2001/29/CE et de la directive 2012/28/UE s'appliquent mutatis mutandis aux droits mentionnés au paragraphe 1. / 4. Les droits mentionnés au paragraphe 1 expirent 20 ans après la publication de la publication de presse. Cette durée est calculée à partir du 1er janvier de l'année suivant la date de publication. ».

Aux termes de l'article 12 portant sur la demande de compensation équitable « Les États membres peuvent prévoir que lorsqu'un auteur a cédé ou concédé sous licence un droit à un éditeur, cette cession ou licence constitue un fondement juridique suffisant pour que l'éditeur puisse revendiquer une part de la compensation versée pour les utilisations de l'œuvre faites en vertu d'une exception ou limitation audit droit. ».

¹ Article 2 Droit de reproduction / Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie: / a) pour les auteurs, de leurs œuvres ; b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions; / c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes; / d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films; / e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite. »

² Article 3 paragraphe 2. « Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement: / a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions; / b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes; / c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films; / d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite. »

Cette disposition vise à tirer les conséquences en faveur des éditeurs de l'arrêt *Reprobel* qui avait considéré que les éditeurs ne figurent pas au nombre des titulaires du droit de reproduction tel que prévu à l'article 2 de la directive 2001/29, «*Dès lors, d'une part, que la compensation équitable, qui est due au titre de l'exception de reprographie ainsi que de l'exception de copie privée, est destinée, ainsi qu'il ressort du point 36 du présent arrêt, à réparer le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de la reproduction de leurs œuvres sans leur autorisation et, d'autre part, que les éditeurs ne sont pas des titulaires du droit exclusif de reproduction au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, ces derniers ne subissent aucun préjudice au sens de ces deux exceptions. Ils ne sauraient donc bénéficier d'une compensation au titre desdites exceptions lorsqu'un tel bénéfice aurait pour conséquence de priver les titulaires du droit de reproduction de tout ou partie de la compensation équitable à laquelle ils ont droit au titre de ces mêmes exceptions.*» (CJUE, 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium SPRL c/ Reprobel*, aff. C-572/13). S'agissant des éditeurs de publications de presse, comme d'ailleurs des éditeurs de livres, cet article 12 est utile, compte tenu de cette jurisprudence, dans la mesure où, pour la presse imprimée – au titre de laquelle ils sont seulement cessionnaires du droit d'auteur des journalistes –, le droit de reproduction prévu à l'article 11 ne vaut que pour les utilisations numériques.

Ces dispositions sont éclairées par les considérants 31 à 36 de la proposition de directive.

*

On rappellera d'abord la prééminence du droit d'auteur. En France, par exemple, depuis 1985, coexistent les régimes de droit d'auteur et de droits voisins mais en vertu de l'article L.211-1 du Code de la propriété intellectuelle «*les droits voisins ne portent pas atteinte aux droits des auteurs. En conséquence, aucune disposition du présent titre ne doit être interprétée de manière à limiter l'exercice du droit d'auteur par ses titulaires*». Le considérant 35 de la proposition de directive est quant à lui très clair sur le respect et la prééminence du droit d'auteur : «*La protection accordée aux éditeurs de publications de presse en vertu de la présente directive ne devrait pas porter atteinte aux droits des auteurs et autres titulaires de droits à l'égard des œuvres et autres objets protégés intégrés dans ces publications, notamment en ce qui concerne la mesure dans laquelle les auteurs et autres titulaires de droits peuvent exploiter leurs œuvres ou autres objets protégés indépendamment de la publication de presse dans laquelle ils sont intégrés. Par conséquent, les éditeurs de publications de presse ne devraient pas pouvoir opposer aux auteurs et autres titulaires de droits la protection qui leur est accordée. Cet élément est sans préjudice des*

modalités contractuelles fixées entre les éditeurs de publications de presse, d'une part, et les auteurs et autres titulaires de droits, d'autre part. ».

Remarque préliminaire sur la définition de la publication de presse :

Aux termes de l'article 2 de la proposition de directive, on entend par «publication de presse», « *la fixation d'une collection d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets et constitue une unité au sein d'une publication périodique ou régulièrement actualisée portant un titre unique, telle qu'un journal ou un magazine généraliste ou spécialisé, dans le but de fournir des informations sur l'actualité ou d'autres sujets publiées sur tout support à l'initiative, sous la responsabilité éditoriale et sous le contrôle d'un prestataire de services.* ». Plusieurs éléments de cette définition sont importants au regard de la question posée sur l'objet du droit voisin. Ainsi la publication comprend des œuvres littéraires mais aussi d'autres œuvres ou objets non nommés. Elle comprend donc aussi des « objets » qui peuvent ne pas être protégés par le droit d'auteur et, de ce point de vue, embrasse les contenus de manière plus large que le droit d'auteur. Ce constat ne peut rester sans incidence sur le contenu des réponses à apporter à la question de savoir si le futur droit couvre les photographies ou les vidéos.

Comme en droit français³, la définition met en exergue le caractère périodique de la publication et l'actualisation régulière de l'information fournie, ce qui est le propre des sites de presse en ligne ainsi que le caractère neutre de cette définition au regard du support de diffusion. Cet article, proche de la définition française de la publication de presse, n'appelle pas d'observation autre que celle de savoir s'il peut englober les agences de presse ou s'il doit être complété à cette fin.

³ Aux termes de l'article 1^{er} de l'article 1 de la loi n° 86-897 du 1^{er} août 2006 : « *Au sens de la présente loi, l'expression "publication de presse" désigne tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant à intervalles réguliers. / On entend par service de presse en ligne tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale.(...).* »

Toutefois le considérant n°33 indique que les « *publications périodiques qui sont diffusées à des fins scientifiques ou universitaires, telles les revues scientifiques ne devraient pas être couvertes par la protection accordée.* ». **L’opportunité et la justification de la distinction entre les publications couvertes et celles qui ne le seraient pas n’est pas claire. Il s’agit en réalité d’une véritable restriction qui revient à discriminer certaines publications en fonction de leur contenu alors qu’elles répondent à l’exigence du caractère périodique et qui crée, sans raison objective, des problèmes de définition et de frontières (comment définit-on une publication à des fins scientifiques ?), susceptibles de varier d’un Etat membre à l’autre. Cette source inutile et non justifiée d’incertitude devrait être levée.** S’il convient en effet de ne pas exclure les revues scientifiques du champ des bénéficiaires, il doit être précisé que le droit voisin ne saurait remettre en cause ni l’*Open access*, c’est-à-dire la possibilité pour les auteurs de revues scientifiques de mettre leurs créations en libre accès même lorsqu’ils ont donné à un éditeur le droit de les publier, ni les exceptions TDM (« *Text and Data Mining* ») en cours de discussion.

Par ailleurs, la proposition de la présidence estonienne, au 4 de l’article 2 modifie la définition de la publication de presse en précisant qu’elle doit s’adresser au grand public (« *...providing the general public with information...* »). L’introduction de cette notion pourrait exclure une partie des titres de la presse magazine spécialisée parce qu’ils ne s’adressent pas au public en général, mais à un public en particulier alors qu’ils ciblent les jeunes, les femmes, les acteurs de l’économie, les enseignants, les cadres des collectivités locales ou encore les professionnels de la culture.

I. Les justifications d'un droit voisin au bénéfice des éditeurs de publications de presse induisent une conception large de l'objet de ce droit

Tout d'abord si l'on établit, par exemple, un parallèle avec le droit voisin des éditeurs de services de télévision, la question tendant à savoir s'il convient de segmenter l'objet de ce droit voisin peut sembler quelque peu incongrue.

L'actualité juridique assez récente a montré la possible efficacité du droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle lors d'un litige opposant France Télévisions et un site internet, qui diffusait ses programmes sans son autorisation. Ce dernier offrait un service gratuit de diffusion en direct des chaînes de télévisions, et se finançait par l'affichage de publicités. La Cour d'Appel de Paris, comme les premiers juges, ont donné raison au groupe audiovisuel en qualifiant cette mise à disposition, sans autorisation, d'acte de contrefaçon sur le fondement du droit voisin de l'entreprise de communication audiovisuelle existant sur les programmes, et fait interdire l'exploitation du site litigieux qui donnait accès à ces derniers par des liens profonds (Cour d'appel de Paris, pôle 5 – ch.1, 2 février 2016, Playmedia / France Télévisions ; voir aussi pour la Suède CJUE, 9^{ème} ch., 26 mars 2015, C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg).

La situation de l'organisateur de compétition sportive a de son côté donné lieu à plusieurs contentieux, qui ont abouti à la consécration par la jurisprudence (Lyon, 1^{ère}. Ch. Civ. Sect. B, 26 mars 1987), d'un droit similaire à son profit sur la manifestation qu'il organise, avant d'être reconnu par la loi, au nom de la protection des investissements consentis (article L. 333-1 du code du sport). Il a la maîtrise de l'exploitation de l'événement dont il a la responsabilité.

1. L'essence même du droit voisin des éditeurs de publications de presse implique de ne pas le morceler

Plusieurs raisons justifient cette conception large du droit voisin des éditeurs de presse.

1.1 La contribution à la liberté de la presse et à ses valeurs

Protéger et permettre la rentabilisation de l'investissement de l'éditeur par le droit voisin, c'est d'abord soutenir la capacité de l'éditeur de presse à financer et à valoriser au mieux le travail journalistique (de proximité comme d'enquêtes au long cours, financement de correspondants à l'étranger, etc.).

Cela suppose d'investir dans des structures de travail au service du travail des journalistes (data-journalisme, *news room*, etc.), ce qui représente à la fois un coût important mais constitue aussi un gage de la fiabilité de l'information diffusée alors que la diffusion d'informations non vérifiées (« *fake news* ») s'intensifie. Les éditeurs de presse sont responsables juridiquement du contenu de l'information diffusée, y compris lorsque l'information émane de tiers, que ce soit pour la presse imprimée ou en ligne. La responsabilité éditoriale fondée sur le travail journalistique suppose le respect des exigences de recoupement et de vérification de l'information diffusée, principes consubstantiels à l'exercice de la liberté d'expression. Cette responsabilité distingue les éditeurs de presse des plateformes numériques. L'octroi d'un droit voisin pour les éditeurs de presse participe, à l'ère numérique, de la défense de la liberté de la presse et de son corollaire la liberté d'expression. Cette exigence suppose d'investir en permanence, afin notamment de pouvoir créer des modèles économiques innovants, condition de leur présence visible et durable dans l'univers numérique.

Le fait que les éditeurs de presse soient cessionnaires du droit d'auteur est insuffisant dans le monde numérique. Comme cela a été souligné par l'étude d'impact de la Commission, « *l'exploitation et la mise en application des droits en matière de publications sont de plus en plus difficiles* » pour les éditeurs de presse⁴. Deux raisons l'expliquent :

- Tout d'abord, lorsqu'ils portent une affaire devant la justice, les éditeurs de presse doivent démontrer une chaîne de droits cohérente, c'est-à-dire que tous les auteurs ont cédé leur droit à l'éditeur en l'autorisant à le faire valoir en justice.
- Ensuite, le droit d'auteur existant est insuffisant à protéger les publications de presse contre une copie massive compte tenu des conditions de démonstration de la contrefaçon du droit d'auteur. Afin de montrer qu'un article a été reproduit « en partie », l'éditeur doit prouver que l'extrait repris par l'agrégateur recouvre une part de l'article qui doit lui-même être original puisque l'originalité est un prérequis à la protection d'une œuvre par le droit d'auteur. Cela crée une charge très importante voire impossible à supporter face à une copie de masse. Comment un éditeur pourrait-il démontrer que des centaines de milliers d'extraits automatiquement générés présentent une partie originale de l'article d'origine ? Démontrer la reproduction dans le cadre du droit voisin qui est basé sur la fixation d'une œuvre est plus aisé puisqu'il suffit de prouver qu'une partie de cette

⁴ Commission staff working document impact assessment on the modernisation of EU copyright rules, Brussels, le 14.9.2016 SWD (2016) 301 final

œuvre fixée a été utilisée indépendamment de son originalité. Il est alors plus aisé d'agir pour l'éditeur de presse de presse contre une reproduction de masse de ses publications.

En tant qu'auteurs, les journalistes ainsi que les éditeurs de presse, au titre de leur qualité de cessionnaires des droits d'auteur des journalistes, ne sont que peu armés au regard notamment des exigences de preuve de l'originalité des articles ou photos en cause.

1.2 La protection des investissements des éditeurs de presse, qui est le fondement du droit voisin des éditeurs de presse tel que prévu dans la proposition de directive, justifie une conception large de ce droit

Le droit voisin des éditeurs de publications de presse a pour vocation de protéger et de rentabiliser l'investissement réalisé par l'éditeur de presse, qu'il s'agisse de l'investissement financier ou de la fonction d'éditorialisation. Il s'agit donc d'un fondement clairement distinct du droit d'auteur. C'est en conséquence la reconnaissance, comme pour d'autres titulaires de droits voisins fondés sur l'investissement - producteurs de phonogrammes, producteurs de vidéogrammes et organismes de radiodiffusion -, du rôle indispensable et de l'importance du métier de l'éditeur de presse pour assurer l'exercice du droit à l'information qui est en cause.

A cet égard, il n'existe aucune raison objective de considérer que certains investissements pourraient justifier un droit voisin alors que d'autres ne seraient pas protégés à ce titre. Les investissements importants dans le numérique des éditeurs de presse forment un bloc insécable dont l'objectif commun est la pérennisation du développement de la presse dans l'univers numérique. Le droit voisin des éditeurs de presse est, comme cela a été rappelé, d'une essence distincte du droit d'auteur qui peut ne protéger que certains objets. Au nom de quels principes établirait-on une différenciation au sein des investissements réalisés, sauf à brouiller cette distinction avec le droit d'auteur ? Segmenter l'exercice de ce droit ne pourrait être qu'arbitraire et n'aurait donc aucun sens. Ce faisant, ce serait le droit voisin lui-même qui serait alors fragilisé et rendu moins légitime alors que l'enjeu est la place des acteurs de la presse dans l'univers numérique au sein duquel le rapport économique, notamment avec les plateformes numériques, est totalement asymétrique. Etablir une différenciation en fonction de la nature de l'investissement, outre qu'elle serait sans pertinence, mettrait à mal la protection liée à l'octroi de ce droit voisin aux éditeurs de presse alors que compte tenu notamment de l'évolution du secteur des médias, un risque de disparition à moyen terme du métier d'éditeur de presse peut exister avec toutes les conséquences que cela implique pour le secteur et l'information des

citoyens. On rappellera à cet égard que le rôle d'intermédiation des éditeurs de presse est fondamental, compte tenu de l'évolution structurelle du secteur des médias (domination économique et d'audience des grands acteurs numériques notamment). C'est aussi un enjeu en termes de pluralisme et de diversité des médias alors que le seul droit d'auteur des journalistes ou des éditeurs de presse en tant que cessionnaires de ce droit ne permet pas, au vu de la concentration des acteurs numériques qui induit paradoxalement un risque de diminution de la production de contenus journalistiques pluralistes, une protection efficace. Rééquilibrer ce rapport, et rendre possible une négociation plus égale, passe par le fait de donner aux éditeurs de presse une capacité à négocier et donc le droit d'autoriser (ou pas) l'exploitation des contenus qu'ils contribuent à produire contre rémunération (ou pas d'ailleurs). Ce dialogue ne saurait être équilibré si le droit voisin est en quelque sorte tronqué. Un droit voisin des éditeurs de presse largement conçu fondé sur l'ensemble des investissements des éditeurs de presse liés à leur production éditoriale, fait donc partie de la lutte efficace contre la contrefaçon dans l'univers numérique puisque, compte tenu de l'évolution des modes de distribution, l'éditeur de presse peut être, à l'instar des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, victime directe des copies illicites des articles réalisées grâce aux nouveaux moyens de reproduction, tout comme l'auteur. Or, tout article de presse invendu constitue un manque à gagner tant pour l'auteur que pour son éditeur et signifie que son investissement a été réalisé à fonds perdus.

Le bénéfice pour la presse d'une protection complète par la complémentarité d'un droit voisin des éditeurs, le plus largement conçu, et du droit d'auteur des journalistes lui permettra en effet de mieux assurer la pérennité de son modèle économique et son développement à l'ère numérique, indispensable au maintien du pluralisme de l'information et à la liberté d'expression. A cet égard, prévoir que seuls certains investissements seraient pris en compte ne permet pas d'envisager l'avenir d'un métier qui se modernise alors que les évolutions technologiques sont permanentes et que la capacité des éditeurs de presse à innover dans leurs modes d'intervention pour la diffusion de l'information au sens large doit leur permettre d'accroître leur maîtrise des initiatives technologiques présentes et futures.

2. Un droit voisin non segmenté

À l'instar des autres droits voisins consacrés par le droit de l'Union, il est donc **indispensable de prévoir une définition de l'objet du droit voisin la plus générale possible.**

Plusieurs raisons justifient que l'on se garde d'une définition limitative de l'objet du droit voisin :

- On saisit mal tout d'abord ce qui pourrait conduire à énumérer le ou les objets du droit voisin des éditeurs de presse alors que tel n'est pas le cas pour des droits voisins comparables comme celui du producteur de phonogramme, du producteur de vidéogramme ou de l'éditeur d'un service de communication audiovisuelle. Comme cela a été indiqué, la définition de la publication de presse, telle qu'elle est précisée à l'article 2 de la directive, suffit à embrasser l'objet du droit voisin des éditeurs de presse au regard des investissements réalisés.
- Détailler l'objet de ce droit voisin des éditeurs de presse est dangereux au regard de l'ensemble des possibilités qu'offre le numérique. Aujourd'hui, les *crawlers* indexent et analysent des contenus de presse et les exploitent ensuite auprès de leurs propres clients sous forme de données agrégées. Ce mode de réutilisation de tout ou partie des publications de presse reste non rémunéré tant pour les éditeurs de presse que d'ailleurs pour les journalistes, en l'absence de droit voisin, et la valeur est préemptée par ces nouveaux acteurs du numérique mais demain d'autres modes de réutilisation de ces contenus peuvent apparaître. L'inventivité de l'univers numérique lui est consubstantielle et on ne peut concevoir de modifier les textes à l'occasion de chaque pratique nouvelle. Inscrire ce droit dans la directive sans le limiter permet son adaptation, dans le long terme, aux évolutions qui ne manqueront pas de survenir, particulièrement dans l'univers numérique.

La directive européenne, par nature, doit poser des principes s'inscrivant dans le temps long sous peine d'être obsolète à peine adoptée. Ensuite, c'est le rôle du juge par sa jurisprudence d'appliquer et d'interpréter la notion ainsi posée.

Au surplus, l'adoption d'un droit voisin des éditeurs de presse générique et général permettra à chaque État membre, dans le cadre de la transposition nationale de la directive, d'adapter et éventuellement de préciser l'objet du droit voisin au regard des traditions juridiques et des réalités de marché.

Ces principes ayant été rappelés, il convient de tenter de répondre plus directement à la question posée quant à certains éléments susceptibles de relever de ce droit voisin des éditeurs de presse afin de contribuer à la levée de certaines ambiguïtés. Il s'agit en particulier de la question des *snippets* et de la photo.

II. Les objets du droit voisin des éditeurs de presse sont nécessairement ceux protégés par le droit d'auteur

Le considérant 34 de la proposition de directive est très clair à cet égard : « *Les droits conférés aux éditeurs de publications de presse en vertu de la présente directive devraient avoir la même portée que les droits de reproduction et de mise à disposition du public institués dans la directive 2001/29/CE, en ce qui concerne les utilisations numériques. Ils devraient en outre être soumis aux mêmes dispositions en matière d'exceptions et de limitations que celles applicables aux droits établis dans la directive 2001/29/CE, y compris l'exception de citation à des fins de critique ou de revue prévue à l'article 5, paragraphe 3, point d), de ladite directive.* ».

1. La question des *snippets* : le droit voisin des éditeurs de publications de presse englobe-t-il les *snippets* ?

De manière liminaire, on remarquera qu'on peine à trouver un terme français définissant le *snippet* qui recouvre par ailleurs des réalités diverses. Les termes qui s'en approchent le plus sont ceux d'extrait – même si le *snippet* n'en est pas toujours un au sens juridique du terme (cf. infra) -, de résumé ou d'aperçu. La notion de fragment, utilisée par les allemands, permet également d'approcher cette notion. D'aucuns proposent les expressions intéressantes de comprimé ou de capsule qui illustrent bien l'idée que précisément le *snippet* n'est ni tout à fait un extrait ou un résumé.

L'article 11 de la proposition de directive intègre-t-il dans son champ d'application les *snippets* ? Cette question posée est au cœur des possibilités offertes par le numérique, la lecture des *snippets* suffisant en effet souvent au lecteur qui ne va pas alors sur le site de l'éditeur de la publication de presse et ne contribue pas en conséquence à accroître son audience et ses ressources publicitaires. Selon une étude d'impact de la Commission, 57% des utilisateurs consultent la presse par le biais des réseaux sociaux, nouveaux agrégateurs et moteurs de recherche. 47% de ces utilisateurs se contentent de « *consulter et lire les extraits des informations sur ces sites sans cliquer sur les liens pour accéder à l'article complet sur la page du magazine* ». Cela confirme que les *snippets* suffisent à combler leur besoin d'information. Or, la rédaction des titres et des premiers paragraphes résumant les articles en quelques phrases nécessite un investissement de la part des journalistes et des éditeurs. Si les agrégateurs de contenus copient et utilisent ces extraits via les *snippets*, ils dépouillent les publications de presse de leur valeur dans le but de les monétiser eux-mêmes.

Dans ces cas, les réseaux sociaux, nouveaux agrégateurs et moteurs de recherche satisfont eux-mêmes la demande des utilisateurs grâce à du contenu provenant des publications de presse. Les nouvelles pratiques de recherche, de consultation et de consommation de l'information ont donc pour conséquence que les résultats de recherche affichant des *snippets* peuvent transmettre l'essentiel de l'information contenue dans l'article lié. Le titre, plusieurs extraits particulièrement pertinents et quelques aperçus d'images peuvent aisément communiquer les parties les plus importantes du message véhiculé par l'article lié.

Il s'agit là d'une différence majeure entre l'information diffusée et les pratiques de visualisation ou d'écoute d'autres matières culturelles. Contrairement aux vidéos, à la musique ou aux livres, le bénéfice que tire l'internaute ne repose pas sur une durée minimum voire intégrale de l'œuvre : regarder une fraction d'un film ou écouter quelques secondes d'une chanson n'a que peu d'intérêt alors que dans le domaine de l'information, l'internaute – lecteur peut se satisfaire d'un aperçu de l'information. Il y a donc là une spécificité de la presse qui la différencie dans l'univers numérique des autres industries culturelles dont les œuvres n'ont guère d'intérêt si elles sont tronquées. En matière de presse, un titre et quelques phrases-clés sélectionnées par l'agrégateur peuvent suffire à l'internaute. Les éléments essentiels aux yeux de l'utilisateur sont ainsi diffusés sans qu'il ait forcément le souhait d'aller au-delà dans sa connaissance de l'article. Afin de saisir le contenu de l'information, les lecteurs n'ont ainsi pas besoin de lire l'article dans son intégralité en cliquant sur le résultat de recherche, les extraits résumant alors souvent toute la substance du texte. De nombreux agrégateurs délivrent d'ailleurs des résultats automatiquement triés par catégorie, à la manière d'une revue, par messagerie, sans qu'aucune recherche n'ait été effectuée. Ils permettent aux utilisateurs de changer ou personnaliser la présentation, si bien que les extraits des zones présélectionnées apparaissent. L'utilisateur peut ainsi se concentrer uniquement sur les sujets qui l'intéressent. Il y a là une véritable concurrence déloyale, le moteur de recherche ne se contentant pas de publier des références ou des hyperliens, mais reproduisant des parties significatives d'articles publiés par des éditeurs de presse, sélectionnant et classant l'information, allant parfois jusqu'à en modifier le contenu. Il ne se comporte pas dans ce cas comme un « *intermédiaire passif* » et joue un quasi rôle d'éditeur de presse (cf. Arrêt n° 2011/2999 du 5 mai 2011 Copie Presse de la Cour d'appel de Bruxelles).

Face à ces comportements et afin d'approcher la notion de *snippet* susceptible d'être couverte par le droit d'auteur et donc par le droit voisin, il convient de dépasser la question des hyperliens.

1.1. Snippets et hyperliens

Tout d'abord, cette question semble tranchée par le considérant 33 de la proposition de directive qui prévoit à propos de l'article 11 que « *Cette protection ne s'étend pas aux actes de création de liens hypertextes qui ne constituent pas une communication au public* ». L'ambiguïté de cette phrase est connue : tous les liens hypertextes ou seulement certains d'entre eux sont-ils couverts ? On peut s'accommoder de ce flou à ce stade, la liberté de lier étant rappelée de manière assez constante dans la jurisprudence récente de la CJUE, par ailleurs non stabilisée sur la notion de communication au public, notion qui fait l'objet par ailleurs de réflexions et de proposition de la part de la France.

Tout d'abord, de l'arrêt *Svenson* (CJUE, 18 février 2014 e.a c/ *Retriever Sverige AB*, aff. C-466/12) par lequel la Cour a confirmé que la fourniture d'un lien pointant vers une œuvre protégée constituait bien un acte de mise à disposition du public et donc un acte de communication, mais a précisé qu'un tel acte ne nécessitait l'autorisation de l'auteur que si l'œuvre était portée à la connaissance d'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*" à l'arrêt *GS Media* (CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media BV c/Sanoma Media Netherlands BV e.a*, aff. C-160/15) en vertu duquel la cour a précisé qu'avant de conclure qu'il y a une « communication au public » illégale, il faut que les tribunaux vérifient si l'internaute qui publie le lien « *ne poursuit pas un but lucratif* » et qu'il « *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* », en passant par l'arrêt *Beswater* (CJUE, 21 octobre 2014, *Bestwater International GmbH*, aff. C-348/13) selon lequel « *le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique du framing, telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut être qualifié de communication au public, au sens de l'article 3 de la directive du 22 mai 2001, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine* », la jurisprudence de la CJUE, qui d'ailleurs ne concerne que le droit d'auteur, est très évolutive sur cette notion d'acte de communication au public.

Elle vise, en ce qui concerne l'utilisation d'hyperliens gratuits, à sécuriser le processus technique permettant de renvoyer d'une page à une autre. Cela nécessite la présence d'un lien. Un hyperlien est avant tout une technologie. Techniquement, un hyperlien intègre seulement l'URL de la page d'arrivée. L'insertion d'un texte additionnel dépend de la personne qui crée l'hyperlien. Par conséquent, il n'y a aucune contradiction entre le fait de créer un lien avec une référence URL et celui de protéger les *snippets* qui eux, vont au-delà de la référence URL. Les liens hypertextes qui constituent des transclusions, fréquemment utilisées dans le domaine de la photographie, en sont un bon exemple.

Ainsi, il ne s'agit pas d'empêcher la liberté de lier mais d'établir un véritable partenariat (entre éditeurs et plateformes) en évitant ce qui s'est passé en Allemagne⁵ ou en Espagne⁶. Si en vertu de plusieurs décisions de la CJUE qui viennent d'être rappelées, un hyperlien ne constitue pas un acte de communication au public, cela ne signifie pas que les *snippets* seraient pour autant exclus du champ d'application du droit voisin des éditeurs de presse. Les décisions rendues par la CJUE évaluent seulement la question de savoir si l'hyperlien est un acte de communication au public de l'œuvre qui est pointée par le lien. A ce stade, retenons que le CJUE essaie de tenir un équilibre entre la nécessaire protection des titulaires de droits contre les liens favorisant l'accès à des contrefaçons et la préservation de la liberté de lier jugée consubstantielle à l'Internet. Il importe donc de dépasser cette question qu'il serait contreproductif de tenter de traiter à l'occasion de la création du droit voisin des éditeurs de publications de presse. La nature du lien hypertexte est d'ailleurs plurielle et pas toujours très facile à saisir : lien simple, lien profond, lien d'insertion, lien avec cadrage (*framing*). D'aucuns avancent que la protection des *snippets* contredit le considérant 33 du projet de directive selon lequel les hyperliens ne sont pas couverts par le droit voisin.

⁵ La Huitième loi modifiant la loi sur le droit d'auteur du 7 mai 2013 instaurant en Allemagne un droit voisin pour les éditeurs de presse est entrée en vigueur le 1^{er} août 2013 et plusieurs services d'analyse de contenus ont arrêté leur activité.

⁶ En Espagne un droit nouveau n'a pas été créé, mais le législateur a réduit le champ de l'exception de la courte citation pour la confier à une société de gestion collective. Google a alors fait le choix de fermer Google News en Espagne. Loi n° 21/2014 du 4 novembre 2014, portant modification du texte consolidé de la loi sur la propriété intellectuelle, approuvé par le décret-loi royal n° 1/1996 du 12 avril 1996, et la loi n° 1/2000 du 7 janvier 2000 sur la procédure civile

L'argument qui consiste à dire que si les hyperliens ne sont pas couverts par le droit d'auteur ni *a fortiori* par le droit voisin, les *snippets* ne peuvent l'être non plus n'est pas juste puisqu'il y a une différence significative entre les hyperliens et les *snippets*.

1.2 Les *snippets* protégés par le droit d'auteur sont dans toute leur diversité protégés par le droit voisin

1.2.1 La question de la définition du snippet

S'il n'existe pas de définition du *snippet*, un certain nombre d'éléments éclairent cette notion. Il s'agit parfois d'une sorte de très courte synthèse de l'article qui peut prendre des formes très diverses : véritable résumé ou citation des premières lignes du texte ou encore un mélange des deux. Pour autant il ne correspond pas à l'exception de citation. **Le *snippet* qui doit être couvert par le droit voisin n'est en effet pas assimilable à la citation telle qu'elle est définie dans la directive de 2001.** Aux termes de l'article 5, paragraphe 3 d) de la directive 2001/29 du 22 mai 2001 : «3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants: (...) / d) lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue, pour autant qu'elles concernent une oeuvre ou un autre objet protégé ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée et qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but poursuivi ; ». En droit français, la citation consiste en l'illustration d'une "oeuvre" citante (CPI, art. L. 211-3, 3°) et en constitue un accessoire non indispensable. Selon l'article L. 211-3, 3°, le but poursuivi par l'oeuvre citante doit être critique, polémique, pédagogique, scientifique ou informatif. Tel n'est pas ce que l'on cherche à protéger. Cette définition doit cependant être relativisée. D'abord il peut y avoir citation, même en l'absence d'oeuvre ou d'objet « citant » protégé par le droit d'auteur et le droit voisin (CJUE, affaire C -145/10, 1^{er} décembre 2011, *Eve-Maria Painer c/ Axel Springer et autres*). Ensuite le *snippet* peut être une citation mais cette notion ne suffit pas à le définir.

La difficulté s'est d'ailleurs posée en Allemagne où la définition très stricte du *snippet* a eu un impact direct sur la manière de référencer ou non un article de presse. Dans la tradition du droit allemand, il n'y a pas en effet de courte citation. La moindre reprise d'un très court extrait d'une oeuvre protégée par le droit voisin, peut tomber mécaniquement dans son champ et constitue alors une atteinte à l'investissement. Le législateur allemand⁷ a proposé une exception pour un court fragment, qui n'est pas défini dans la loi.

⁷ Huitième loi modifiant la loi sur le droit d'auteur du 7 mai 2013

Cette question a d'ailleurs donné lieu à un litige puisque le *German Copyright Arbitration Board* a suggéré qu'il est possible d'utiliser des extraits contenant jusqu'à sept mots. Cette décision fait l'objet d'un appel qui a donné lieu à une question préjudicielle encore en cours d'instruction (C-299/17).

Ce débat est néanmoins un peu vain et la question doit être abordée d'une autre manière.

En effet, il est plus utile à la réflexion et plus efficient de définir le *snippet* par sa fonction : peut-il à certains égards, par l'information qu'il recèle et traduit, se substituer à l'article lui-même et dispenser à ce titre le lecteur de lire l'intégralité de ce dernier ? Le *snippet* est en général conçu pour transmettre les informations les plus pertinentes. Il en est de même d'ailleurs à certains égards pour les titres des articles : certains titres pourront être protégés en tout ou en partie. Le droit voisin des éditeurs de presse vise à protéger ces derniers contre la copie non autorisée de leurs publications de presse. Un tel droit améliorera la position des éditeurs de presse seulement s'il couvre également les courts extraits – au sens commun du terme - de publication, c'est-à-dire les *snippets*. Ne pas les couvrir c'est passer à côté de l'objectif poursuivi. En toute hypothèse, ce qui pose question ce n'est pas quelques *snippets* isolés, c'est leur reprise massive par les moteurs de recherche ou les plateformes qui a pour corollaire leur usage également massif par les internautes. C'est cette intensité de l'usage des *snippets* qui illustre une forme de prédation par ces nouveaux acteurs de la production journalistique des titres de presse sans retour vers eux. Il y a donc là un déplacement de valeur non vertueux et illégitime qui pose une véritable question.

1.2.2 La spécificité du droit voisin accrédite aussi une inclusion large des snippets si et dans la mesure où ils constituent une reproduction

En vertu du considérant 34 de la proposition de directive : « *Les droits conférés aux éditeurs de publications de presse en vertu de la présente directive devraient avoir la même portée que les droits de reproduction et de mise à disposition du public institués dans la directive 2001/29/CE, en ce qui concerne les utilisations numériques. Ils devraient en outre être soumis aux mêmes dispositions en matière d'exceptions et de limitations que celles applicables aux droits établis dans la directive 2001/29/CE, y compris l'exception de citation à des fins de critique ou de revue prévue à l'article 5, paragraphe 3, point d), de ladite directive.* ».

Il signifie que le droit de reproduction devra être interprété pour tous les droits voisins de manière harmonisée. Toute forme de reproduction intégrale ou partielle pourra donc être couverte.

L'arrêt *Infopaq* (CJUE, 16 juillet 2009, aff. C-5/08) fournit un éclairage utile, notamment le fait que compte tenu de l'exigence d'une interprétation large de la portée de la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29, « *il ne saurait être exclu que certaines phrases isolées, ou même certains membres de phrases du texte concerné, soient aptes à transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article. De telles phrases ou de tels membres de phrase sont donc susceptibles de faire l'objet de la protection prévue à l'article 2, sous a), de ladite directive.* » (point 47 de l'arrêt).

Tandis que la CJUE a déjà posé certaines lignes d'interprétation d'une reproduction « partielle » d'un texte protégé par le droit d'auteur, elle ne s'est pas prononcée sur l'interprétation de la reproduction en matière de droit voisin. Or, l'objet protégé en matière de droit d'auteur et en matière de droit voisin diffère de manière significative.

La Cour suprême fédérale d'Allemagne (Arrêt du 31 mai 2016, 1BVR, 1585/13, Metall-auf-Metall) a précisé dans le cas d'un producteur de phonogramme que le seuil de reproduction « partielle » d'une œuvre protégée par le droit voisin incluse dans une autre œuvre peut être significativement inférieur au seuil de reproduction partielle d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, dans le cas d'un compositeur de musique. Cet exemple n'a ici d'intérêt que pour illustrer la différence possible entre le droit de reproduction au titre du droit voisin et le droit de reproduction au titre du droit d'auteur.

Une différenciation pourrait ainsi également exister s'agissant de la reproduction en matière de droit voisin des éditeurs de presse par rapport à la reproduction d'un texte protégé par le droit d'auteur. Le droit du producteur de phonogramme comme celui des éditeurs de presse sont des droits voisins au regard de l'article 2 de la directive 2001/29/CE, dont le sujet concerne la « fixation » d'une œuvre. Dans les deux cas la protection n'est pas accordée sur le fondement de l'originalité des œuvres mais au regard de l'investissement nécessaire à une telle fixation. On rappellera à cet égard ce qui a été dit plus haut sur la responsabilité éditoriale de l'éditeur de publication de presse qui va de pair avec un investissement financier et organisationnel afin d'assurer une vérification approfondie du contenu édité. Même de courts extraits peuvent

entraîner la responsabilité légale d'un éditeur. Ainsi, il apparaît approprié que le droit de l'éditeur couvre toutes les parties de la publication de presse qui sont soumises à la responsabilité éditoriale de ce dernier et la responsabilité concerne chaque partie de la publication, dont les *snippets*.

*

Il semble cohérent que, compte tenu de ce qui a été dit plus haut, les *snippets* qui vont bien au-delà du simple hyperlien (en incluant plus d'informations que les URL), puissent constituer un acte de reproduction partielle d'une publication de presse. Afin d'éviter des jurisprudences trop disparates sur ce point, un considérant pourrait mentionner les *snippets* à titre d'exemple comme l'un des objets du droit voisin des éditeurs de publications de presse. Ne pas couvrir les *snippets*, massivement repris, dans l'acception qui leur a été donnée dans le présent rapport reviendrait à rendre vain et donc inutile ce nouveau droit de l'éditeur de presse qui n'aurait alors pas de véritable sens...

limiter le champ du droit voisin en excluant les *snippets* reviendrait à réduire considérablement la portée de ce nouveau droit qui ne s'appliquerait alors en fait qu'à l'agrégation de l'intégralité d'un article :

- **c'est une interprétation finaliste qui doit primer : dès qu'un *snippet* se substitue à l'article diffusé ou dispense de le lire, il doit être couvert par le droit voisin ;**
- **l'utilisation de certaines technologies font présumer de cette substitution : le cas le plus patent est celui de l'inclusion qui, ne renvoyant pas au site d'origine, opère une substitution absolue et manifeste.**

2. La photographie

L'article 2.4 de la proposition de directive précise que la publication de presse comporte des œuvres littéraires mais aussi d'autres œuvres : « ... *collection d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets et constitue une unité au sein d'une publication périodique ou régulièrement actualisée portant un titre unique* ».

Aujourd'hui, les contenus journalistiques sont aussi, et de plus en plus, des contenus vidéos et audio, il n'y a donc pas lieu d'opérer une distinction en faveur de l'écrit afin de protéger

l'ensemble des contenus produits par les éditeurs. Comme pour les *snippets*, les éditeurs produisant des contenus journalistiques doivent pouvoir bénéficier de la protection de leurs contenus quelle que soit leur forme : écrite, audio, graphique, vidéo ou autre. Les photographies, protégées par le droit d'auteur, au moins dès lors qu'elles sont originales au sens des critères fixés par la jurisprudence, doivent l'être aussi par le droit voisin des éditeurs de publications de presse. Le considérant 34 de la proposition de directive est sur ce point aussi d'une grande portée : « *Les droits conférés aux éditeurs de publications de presse en vertu de la présente directive devraient avoir la même portée que les droits de reproduction et de mise à disposition du public institués dans la directive 2001/29/CE, en ce qui concerne les utilisations numériques. Ils devraient en outre être soumis aux mêmes dispositions en matière d'exceptions et de limitations que celles applicables aux droits établis dans la directive 2001/29/CE, y compris l'exception de citation à des fins de critique ou de revue prévue à l'article 5, paragraphe 3, point d), de ladite directive.* ».

On retrouve par ailleurs pour la photographie les mêmes difficultés évoquées plus haut de la preuve de l'originalité pour leurs auteurs et le fait que le droit d'auteur ne s'applique qu'à une œuvre « originale », l'auteur ou son ayant-droit devant apporter la preuve de l'originalité de l'œuvre pour chaque acte de contrefaçon. La spécificité de la photo rend parfois cette preuve délicate, la création intellectuelle originale étant parfois plus difficile à démontrer. Cette question ne se pose pas en ces termes s'agissant de l'exercice du droit voisin.

En effet le droit voisin de l'éditeur de presse, dont le fondement est le rôle d'investisseur de ce dernier, est indépendant du droit d'auteur et ne dépend pas de la caractérisation d'une originalité de la photographie en cause au sens du droit d'auteur ou d'une cession de droits d'auteur.

Le principe est donc clairement celui de la protection. Le droit voisin de l'éditeur de presse sur les photographies issues de son titre de presse en illustration d'articles de presse n'est pas d'une nature différente de celui qui s'exerce sur l'article de presse lui-même ou sur les *snippets* qui s'en inspirent. L'utilisation des photographies peut néanmoins concerner une pluralité d'acteurs : photographes, agences photos, éditeurs de presse, notamment. Afin d'éviter tout conflit ou toute concurrence de droits, et en particulier de droits voisins dans certains cas (éventuellement avec les agences photos), il n'est pas inutile d'insister sur la nécessaire précision des contrats qui seront passés par l'éditeur de presse identifiant les droits des différentes parties. Toute concurrence de droits y compris voisins sur la ou les photos concernées serait très préjudiciable à la défense des intérêts des différentes parties prenantes.

Par ailleurs, rappelons que le droit voisin ne saurait en tout état de cause empêcher une gestion pleine et entière par leurs auteurs des droits sur les images incorporées dans les articles.

*

De manière générale, il semble qu'une définition trop précise du contenu du droit voisin serait sans doute dangereuse car elle serait vite dépassée par les évolutions technologiques. Une grande partie des *snippets* et des photographies ont vocation à être couverts par le droit voisin mais énumérer autrement que par des exemples non exhaustifs les objets de ce droit voisin de l'éditeur de presse serait contreproductif. Une telle énumération n'est d'ailleurs pas effectuée s'agissant d'autres titulaires de droits voisins. Sur les cas limites ce sera à la jurisprudence européenne et nationale de préciser les contours ce droit voisin des éditeurs de publications de presse. Cela n'empêche pas de citer ces exemples que sont aujourd'hui les *snippets* et les photographies dans un considérant si cela est jugé nécessaire pour clarifier ce point.

Un tel considérant pourrait également s'agissant des « *snippets* » proposer une sorte de « faisceau d'indices », réducteur d'incertitude quant à leur prise en compte dans le champ du droit voisin, constitué à titre d'exemples de la longueur du fragment d'article, de sa portée substitutive à l'article lui-même ou encore des éléments distinctifs de la simple citation.

III. L'extension des titulaires de ce droit voisin – La question des agences

Il existe aujourd'hui en France près de 250 agences de presse. Elles emploient environ 7000 salariés, principalement des journalistes. Leur chiffre d'affaires global représente environ 700 M€. Chaque mois, elles produisent environ 160 000 dépêches, 1600 articles, 3000 infographies et 230 000 photos. Les fonds d'archives des agences photographiques comptabilisent 54 millions d'images dont les plus anciennes remontent à 1855. Les agences de presse participent, aux côtés des éditeurs de presse, au pluralisme des sources d'information et à la recherche d'informations basées sur des faits, en dehors de toute opinion politique. Elles assurent une vérification de ces informations et un traitement qualitatif de celles-ci par des professionnels soumis à une éthique forte.

Un point doit être clairement affirmé : **lorsqu'une agence de presse remplit la même fonction qu'un éditeur de publication de presse, elle doit disposer d'un droit voisin sur l'information collectée et produite par les journalistes qu'elle emploie.** C'est le cas notamment dans certaines relations dite « B to C » qu'elles pratiquent parfois.

Au regard de la question posée il est important de rappeler la définition de l'agence de presse.

1. La définition de l'agence de presse la distingue clairement de la publication de presse

Aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°45-2646 du 2 novembre 1945 portant réglementation des agences de presse : *« Sont considérées comme agences de presse, au sens de la présente ordonnance, les entreprises commerciales qui collectent, traitent, mettent en forme et fournissent à titre professionnel tous éléments d'information ayant fait l'objet sous leur propre responsabilité d'un traitement journalistique et dont la moitié au moins du chiffre d'affaires provient de la fourniture de ces éléments à des entreprises éditrices de publications de presse, au sens de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, à des éditeurs de services de communication au public par voie électronique et à des agences de presse. »*. Ce cadre législatif garantit aux éditeurs de presse et donc aux citoyens, une information « quasi labellisée ». Dans le même esprit, les sociétés souhaitant obtenir la qualification d'agence de presse ne peuvent recevoir aucune forme de recettes publicitaires et ne peuvent fournir gratuitement des informations.

Une agence de presse en France est dans une relation dite « *B to B* » avec ses clients, les éditeurs des publications de presse auxquels elle fournit des informations multiformes (textes, articles, interviews, photos, vidéos etc.).

Le numérique conduit à une évolution du rôle des agences qui ont dû augmenter leurs investissements pour continuer d'exister dans l'univers délinéarisé. En photographie par exemple, la numérisation a conduit les agences de presse à investir massivement dans des sites internet régulièrement actualisés et modernisés, pour une utilisation optimisée grâce à la création d'un thésaurus adapté permettant une consultation facilitée. Les agences de presse investissent également pour être présentes sur des plateformes collectives (type Pix Palace), permettant aux éditeurs de choisir encore plus rapidement des images pour illustrer leurs sujets. Toutes ces économies pour les journaux ont généré des coûts supplémentaires pour les agences, sans que ceux-ci ne soient compensés par une augmentation des tarifs.

2. Les agences de presse sont néanmoins confrontées aux mêmes difficultés que les journaux et les magazines

La définition, rappelée plus haut, de l'agence de presse, fournissant des informations et des images aux publications de presse, n'est pas une raison suffisante pour écarter les agences de presse du bénéfice d'un droit voisin. Comme les publications de presse, les agences de presse sont pour leurs productions journalistiques, confrontées à toutes les activités d'intermédiation dans la communication au public de celles-ci par le biais notamment de la commercialisation directe ou indirecte des liens par les agrégateurs ou encore par la captation de l'audience due à la conservation de l'internaute dans l'écosystème du moteur de recherche et sa monétisation publicitaire pour le seul moteur de recherche sans que celui-ci n'assume la charge des investissements nécessaires à la production journalistique qu'il exploite.

En effet, les agences de presse emploient des journalistes salariés dont le ratio par rapport à la masse salariale globale de l'entreprise est supérieur à celui des publications de presse. L'emploi de journalistes est la garantie d'une information fiable de qualité. Cette garantie a un prix qui se répercute sur les coûts fixes des agences de presse, car collecter, produire et fournir de telles informations a forcément un coût, une « bonne » information nécessite que les nouvelles collectées soient triées et hiérarchisées. C'est ce travail bien particulier et irremplaçable des agences de presse qui évite que les médias ne soient noyés dans un déferlement infini d'informations.

A l'heure des *fake news*, les agences de presse ont un rôle fondamental et plus que jamais indissociable de celui des publications de presse. Elles engagent d'ailleurs leur responsabilité sur la fiabilité des informations qu'elles fournissent aux médias. C'est la primeur et l'exclusivité de leur production qui déterminent leur valeur. L'évolution des usages des plateformes en ligne, en particulier agrégateurs et plateformes de partage, menace en conséquence de façon croissante la viabilité économique des agences de presse, et ainsi le pluralisme de l'information.

Comme pour les publications de presse, la vitesse de propagation des informations via les moteurs de recherche et les réseaux sociaux impacte directement les agences de presse. L'impact est non négligeable pour les agences. Par exemple, les moteurs de recherche ne se limitent pas toujours à la fonction de simple outil d'indexation et leurs modalités de consultation ont pour conséquence que le crédit photographique n'est présent que si l'on consulte la page de l'éditeur. Or, les techniques de « *framing* » notamment ont pour effet que l'internaute ne va pas forcément sur le site de l'éditeur ou de l'agence. Les banques d'images se constituent sans impliquer toujours les agences photos.

Les agences de presse sont impactées directement et indirectement puisque les plateformes mettent à disposition les contenus d'information publiés par les médias qui proviennent en grande partie des agences de presse (texte, photo, vidéo, infographies etc.) sans leur autorisation ni compensation financière à leur profit. Les journaux voient leurs marges diminuer, compte tenu de la captation des revenus publicitaires de leur contenu par les moteurs de recherche dont ils ne peuvent se passer au titre du référencement, ce qui pénalise par ricochet les agences qui dépendent de la santé financière des éditeurs. Cette perte de valeur ne peut qu'entraîner, à terme, une perte de qualité de l'information produite par l'ensemble du secteur de la presse.

La question clé réside aujourd'hui, à l'instar des éditeurs de publications de presse, dans la possibilité pour les agences de presse, d'être rémunérées pour leurs services d'information utilisés et monétisés par les plateformes en ligne.

A l'instar des publications de presse, l'objectif n'est en aucun cas d'interdire ou de mettre un frein à la reprise des informations produites par les agences de presse. Le but est de permettre aux éditeurs et aux agences de presse, comme aux auteurs, de monétiser les contenus éditoriaux qu'ils créent, éditent et vérifient, auprès des plateformes qui reproduisent ces contenus.

3. Comme pour les éditeurs de publications de presse *stricto sensu*, le droit d'auteur ne suffit pas à leur assurer une protection suffisante

Pour pouvoir bénéficier du droit d'auteur, il faut que l'agence de presse démontre l'originalité du contenu mais également la chaîne des droits qui peut fédérer, s'agissant par exemple de l'Agence France Presse (AFP), un grand nombre d'intervenants. Or, pour pouvoir bénéficier de la protection du droit d'auteur, il faut démontrer que toutes ces personnes ont cédé les droits à l'agence. Ainsi pour l'AFP qui produit environ 3000 photos par jour, engager des actions contentieuses sur le terrain du droit d'auteur tel qu'il est organisé aujourd'hui est matériellement impossible.

La protection de la propriété intellectuelle en ligne n'est pas garantie. Comme pour les éditeurs de publications de presse, pour bénéficier du droit d'auteur, les agences doivent apporter la preuve de l'originalité de leurs contenus et de la chaîne des droits œuvre par œuvre. Or, avec la viralité d'internet et la multitude des éléments d'information diffusés, il est matériellement impossible pour une agence de poursuivre chaque utilisation/exploitation illicite. Il existe certes une protection des bases de données, mais pour en bénéficier, les agences de presse doivent justifier de leurs investissements substantiels. Ceux liés à la création des données elles-mêmes, qui constituent la part essentielle des coûts supportés pour la production journalistique des services d'information des agences, ne sont pas pris en compte dans la détermination de l'investissement du droit *sui generis* des bases de données. Bien plus, pour bénéficier du droit sur les bases de données, les agences doivent apporter la preuve au cas par cas du caractère substantiel de l'extraction. La charge de la preuve reposerait sur les agences de presse, rendant inefficace la protection des bases de données compte tenu du coût procédural. C'est la raison pour laquelle il est souhaitable qu'un droit voisin soit mis en place au bénéfice des éditeurs et agences de presse permettant de protéger les investissements dans la production journalistique réalisés par ces acteurs et de pallier les carences du droit positif actuel.

Le droit voisin permettra donc de suppléer cette incapacité matérielle, en attribuant un droit sur l'intégralité de la production des agences de presse, sans que l'agence ait besoin de démontrer la contrefaçon pour chaque utilisation induite. C'est particulièrement approprié dans le domaine de la photographie s'agissant des agences photos puisque la technique du *framing* permet notamment de ne pas orienter le lecteur sur le site de l'éditeur et d'afficher l'image, de la télécharger et de la partager sans autorisation de l'agence cessionnaire des droits.

4. Une extension de principe pertinente dans l'univers numérique mais aussi raisonnée

Malgré les arguments qui viennent d'être rappelés, cette extension aux agences de presse de l'octroi du droit voisin aux éditeurs de presse, tel qu'il est prévu dans la proposition de directive, ne va pas complètement de soi : les agences sont en relation contractuelle avec les éditeurs de presse qui eux pourraient, dans l'hypothèse où nous nous situons dans la proposition de directive, bénéficier du droit voisin. Le contrat permettrait donc d'établir un équilibre prenant en compte les droits récoltés par l'intermédiaire des éditeurs de presse. Une fois intégrée dans la production éditoriale des éditeurs de presse, la production des agences forme un tout avec celle mise à disposition de ses lecteurs finaux par les éditeurs de presse.

Les agences de presse fournissent ces informations, sous toutes leurs formes, aux éditeurs de presse principalement pour une utilisation limitée dans le temps, à titre exclusif ou non. Les licences consenties par l'agence de presse à ses clients ne leur donnent pas pour autant le droit de céder les informations ou images fournies par l'agence aux agrégateurs ou aux moteurs de recherche si ce n'est pas prévu par le contrat qui lie l'agence à l'éditeur de presse. Une licence est en général toujours accordée à un client pour la reproduction, dans un cadre précis, des productions de l'agence et. lorsque cette licence prévoit la reproduction d'une information ou d'une image sur le site internet du client, cela n'entraîne pas cession du droit de reproduction aux agrégateurs de contenus, plateformes en ligne ou moteurs de recherche.

La justification du droit voisin de l'agence de presse existe donc :

- **si c'est l'exact contenu qu'elle a fourni qui est repris (pour l'article ou le résumé d'article du journaliste de la publication de presse, c'est le seul éditeur de presse qui doit disposer de ce droit). C'est particulièrement vrai pour la photo, le « piratage » des agences étant particulièrement prégnant pour les photographies et les vidéographies puisque ce sont bien les images des agences qui sont reproduites par les moteurs et agrégateurs. ;**
- **pour les productions « B to C » qu'elle développe.**

Dans ce cadre, un droit voisin reconnu aux agences de presse aurait une légitimité à pouvoir s'exercer pour leurs contenus propres. Pour le reste c'est au contrat passé avec les publications

de presse, dans l'hypothèse où un droit voisin sera bien alloué à ces dernières, de prendre en compte cette utilisation nouvelle de l'information.

5. Il convient d'éviter la concurrence des droits et notamment des droits voisins.

Il importe donc d'encourager les professions concernées à fixer clairement par le contrat les droits respectifs des éditeurs de presse et des agences. Si le principe de cette extension du droit voisin aux agences de presse est posé, les différents acteurs devront en définir les modalités. Ce point est très important car cette extension ne doit en rien délégitimer, par la confusion qu'elle pourrait alors instaurer, le droit voisin des éditeurs de presse.

Au demeurant s'il s'avérait qu'il était trop tard pour réaliser cette extension dans le cadre de la directive, on rappellera que le droit voisin fait l'objet d'une coordination plus souple et moins harmonisée que le droit d'auteur au sein de l'Union européenne (comme précisé dans l'arrêt C More de la CJUE). Un texte national pourrait l'instaurer.

*

Au-delà des initiatives nationales isolées provoquant les réactions que l'on connaît des moteurs de recherche, permettre au niveau de l'Union européenne l'instauration de ce droit voisin des éditeurs de publications de presse marquerait un engagement fort et concret du soutien par l'Union européenne de la presse dans l'univers numérique pour une relation plus équilibrée avec les plateformes et participerait du mouvement général du partage de la valeur entre les grands opérateurs numériques et les auteurs et producteurs de contenus éditoriaux et créatifs. De ce partage plus équitable de la valeur entre plateformes internet et éditeurs et agences de presse, naîtra un véritable partenariat qui favorisera la recherche d'une plus grande originalité dans les productions journalistiques, stimulera le pluralisme et aura un effet positif sur l'emploi des journalistes.

Annexes

Annexe 1 : Lettre de mission du président du CSPLA



Paris, le 16 OCT. 2017

Madame Laurence Franceschini

Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone : 01 40 15 38 73
Télécopie 01 40 15 88 45
csppla@culture.gouv.fr

<http://www.culturecommunication.gouv.fr/Thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique>

Madame, chère Laurence

Le 14 septembre 2016, la Commission européenne a publié une proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique dans le cadre de laquelle elle prévoit la reconnaissance d'un droit voisin pour les éditeurs de presse, « en vue de faciliter la concession de licences portant sur l'utilisation en ligne de leurs publications, le recouvrement de leurs investissements et le respect effectif de leurs droits »¹, visée par les articles 11 et 12.

Une première mission relative à la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse qui vous avait été confiée en 2016 avait été l'occasion d'analyser les conditions de mise en œuvre d'un tel droit, qui ne saurait porter atteinte ni à l'existence ni à l'exercice des droits des auteurs.

Dans le cadre des discussions portant sur la proposition de directive, des questions subsistent toutefois quant au champ d'application de ce nouveau droit. Deux problématiques distinctes peuvent en effet être soulevées : d'une part, la question des objets concernés par ce droit voisin et d'autre part, la définition des opérateurs auxquels il est susceptible de s'appliquer.

L'article 2 de la proposition de directive définit la publication de presse comme « la fixation d'une collection d'œuvres littéraires de nature journalistique, qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets et constitue une unité au sein d'une publication périodique ou régulièrement actualisée portant un titre unique, telle qu'un journal ou un magazine généraliste ou spécialisé, dans le but de fournir des informations sur l'actualité ou d'autres sujets publiées sur tout support à l'initiative, sous la responsabilité éditoriale et sous le contrôle d'un prestataire de services ».

Au regard de cette définition, la question se pose de savoir si les éléments intégrés (notamment les photographies) dans une publication ou les extraits (*snippets*) peuvent être protégés individuellement au titre du droit voisin.

La question des opérateurs concernés par les dispositions européennes se pose particulièrement au sujet de l'intégration des agences de presse dans le champ d'application de ce droit voisin.

¹ Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, COM(2016) 593 final du 14 septembre 2016, p.3

rf

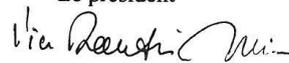
La présente mission aura donc pour sujet principal la détermination de l'étendue du futur droit voisin reconnu aux éditeurs de presse par les articles 11 et 12 de la proposition de directive du 14 septembre 2016, tant vis-à-vis de l'objet du droit que de ses bénéficiaires.

Pour mener à bien cette mission, vous bénéficierez du soutien des services compétents du secrétariat général et de la direction générale des médias et des industries culturelles, et serez assistée par un rapporteur. Afin que les conclusions de la mission puissent enrichir les négociations de la future directive, elle sera menée dans un délai de deux mois. Votre rapport sera alors utilement remis avant le 22 décembre 2017.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Madame, à l'expression de mes sincères salutations.

Avec toute ma amitié

Le président


Pierre-François Racine

Annexe 2 : Liste des organisations et personnes consultées

1° Représentants des auteurs

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) : Marie-Anne Ferry-Fall, directrice générale-gérante et Thierry Maillard, directeur juridique

Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) : Pascal Rogard, directeur général et Hubert Tilliet, directeur juridique

Société des auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) : Olivier Brillanceau, directeur général

Société civile des auteurs multimédia (SCAM) : Hervé Rony, directeur général-gérant et Nathalie Orloff, adjointe au directeur des affaires juridiques et internationales pour les négociations de droits, l'écrit et l'image fixe

Société nationale des journalistes (SNJ) : Olivier Da Lage, membre du bureau national en charge de l'international

2° Représentants des éditeurs et des agences et autres acteurs de la presse

Agence France-Presse : Christophe Walter-Petit, directeur juridique

Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) : Philippe Masseron, directeur général-gérant et Valérie Barthez, directrice juridique

Fédération française des agences de presse (FFAP) : Kathleen Grosset, présidente et Florence Braka, directrice générale

Fédération nationale de la presse spécialisée (FNPS) : Laurent Bérard-Quélin, président et Christian Bruneau, président d'honneur

Groupement des éditeurs de contenus et de services en ligne (GESTE) : Laure de Lataillade, directrice générale, Louise Durand, responsable des affaires juridiques et règlementaires, Amélien Delahaie, juriste

Syndicat des éditeurs de la presse magazine (SEPM) : Pascale Marie, directrice générale, Marie-Laure Franck, responsable des affaires juridiques et sociales et Patrick Sergeant, représentant du SEPM au CSPLA

Syndicat de la presse indépendante d'information en ligne (SPIIL) : Jean-Christophe Boulanger, président et Karen Autret, directrice

Syndicat de la presse quotidienne nationale (SPQN) : Denis Bouchez, directeur et Samir Ouachtati, responsable des affaires juridiques et sociales

3° Représentants des fournisseurs d'accès et des éditeurs de services en ligne

Google : Cédric Manara, senior copyright counsel et Thibault Guiroy, public policy & gouvernement relations

Oath : François-Xavier Dussart, EU public policy director, Paul d'Amecourt, associé du cabinet Lighthouse Europe et Mathilde Adjutor, consultante au cabinet Lighthouse Europe

4° Autres personnes auditionnées et consultées

Bureau de la propriété intellectuelle (BDPI) : Anne le Morvan, cheffe de bureau et David Pouchard, adjoint à la cheffe de bureau

Direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC) : Jean-Baptiste Gourdin, chef du service de la DGMIC et Fabrice Casadebaig, sous-directeur de la presse écrite et des métiers de l'information

Commission européenne : Marco Giorello, chef d'unité droit d'auteur à la DG Connect et Jamie de Mendoza-Fernandez et Véronique Delforge, juristes droit d'auteur à la DG Connect

Christophe Caron, professeur de droit à l'université Paris-Est et avocat

Pierre Sirinelli, professeur de droit à l'université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Jean-Marie Cavada, journaliste et député européen

Annexe 3 : Arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne, 16 juillet 2009, affaire C-5/08, Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

16 juillet 2009 (*)

«Droits d'auteur – Société de l'information – Directive 2001/29/CE – Articles 2 et 5 – Œuvres littéraires et artistiques – Notion de 'reproduction' – Reproduction 'en partie' – Reproduction de courts extraits d'œuvres littéraires – Articles de presse – Reproductions provisoires et transitoires – Procédé technique consistant en une numérisation par balayage des articles suivie d'une conversion en fichier texte, d'un traitement électronique de la reproduction, de la mise en mémoire d'une partie de cette reproduction et de son impression»

Dans l'affaire C-5/08,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Højesteret (Danemark), par décision du 21 décembre 2007, parvenue à la Cour le 4 janvier 2008, dans la procédure

Infopaq International A/S

contre

Danske Dagblades Forening,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de chambre, M. T. von Danwitz, M^{me} R. Silva de Lapuerta, MM. G. Arestis et J. Malenovský (rapporteur), juges,

avocat général: M^{me} V. Trstenjak,

greffier: M^{me} C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 20 novembre 2008,

considérant les observations présentées:

- pour Infopaq International A/S, par M^e A. Jensen, avocat,
- pour la Danske Dagblades Forening, par M^e M. Dahl Pedersen, avocat,
- pour le gouvernement autrichien, par M. E. Riedl, en qualité d'agent,
- pour la Commission des Communautés européennes, par MM. H. Krämer et H. Stovlbæk, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 12 février 2009,

rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte, d'une part, sur l'interprétation de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10), et, d'autre part, sur les conditions d'exemption des actes de reproduction provisoires au sens de l'article 5 de cette directive.
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Infopaq International A/S (ci-après «Infopaq») à la Danske Dagblades Forening (ci-après la «DDF») au sujet du rejet de sa demande tendant à ce qu'il soit reconnu qu'elle n'était pas tenue d'obtenir le consentement des titulaires des droits d'auteur pour les actes de reproduction d'articles de presse au moyen d'un procédé automatisé consistant en la numérisation par balayage et la conversion de ceux-ci en fichier numérique suivie du traitement électronique de ce fichier.

Le cadre juridique

Le droit international

- 3 Aux termes de l'article 9, paragraphe 1, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, figurant à l'annexe 1 C de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, qui a été approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1):

«Les Membres se conformeront aux articles premier à 21 de la Convention de Berne (1971) et à l'Annexe de ladite Convention. [...]

- 4 L'article 2 de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (acte de Paris du 24 juillet 1971), dans sa version résultant de la modification du 28 septembre 1979 (ci-après la «convention de Berne»), est libellé comme suit:

«1) Les termes 'œuvres littéraires et artistiques' comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits; [...]

[...]

5) Les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils.

[...]

8) La protection de la présente [c]onvention ne s'applique pas aux nouvelles du jour ou aux faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse.»

- 5 Selon l'article 9, premier alinéa, de la convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par cette convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.

Le droit communautaire

- 6 L'article 1^{er} de la directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122, p. 42), énonçait:
- «1. Conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. [...]
- [...]
3. Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection.»
- 7 L'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77, p. 20), dispose:
- «Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection.»
- 8 La directive 2001/29 énonce à ses quatrième, sixième, neuvième à onzième, vingtième à vingt-deuxième, trente et unième ainsi que trente-troisième considérants:
- «(4) Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux [...]
- (6) En l'absence d'harmonisation à l'échelle communautaire, les processus législatifs au niveau national, dans lesquels plusieurs États membres se sont déjà engagés pour répondre aux défis technologiques, pourraient entraîner des disparités sensibles en matière de protection et, partant, des restrictions à la libre circulation des services et des marchandises qui comportent des éléments relevant de la propriété intellectuelle ou se fondent sur de tels éléments, ce qui provoquerait une nouvelle fragmentation du marché intérieur et des incohérences d'ordre législatif. L'incidence de ces disparités législatives et de cette insécurité juridique se fera plus sensible avec le développement de la société de l'information, qui a déjà considérablement renforcé l'exploitation transfrontalière de la propriété intellectuelle. Ce développement est appelé à se poursuivre. Des disparités et une insécurité juridiques importantes en matière de protection sont susceptibles d'entraver la réalisation d'économies d'échelle pour les nouveaux produits et services protégés par le droit d'auteur et les droits voisins.
- [...]
- (9) Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle. [...]
- (10) Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres [...]
- (11) Un système efficace et rigoureux de protection du droit d'auteur et des droits voisins est l'un des principaux instruments permettant de garantir à la création et à la production culturelles européennes l'obtention des ressources nécessaires et de préserver l'autonomie et la dignité

des créateurs et interprètes.

[...]

(20) La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives [91/250] [...] et [96/9]. Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement.

(21) La présente directive doit définir le champ des actes couverts par le droit de reproduction en ce qui concerne les différents bénéficiaires, et ce conformément à l'acquis communautaire. Il convient de donner à ces actes une définition large pour assurer la sécurité juridique au sein du marché intérieur.

(22) Une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées.

[...]

(31) Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. [...]

[...]

(33) Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (*browsing*), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (*caching*), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi.»

9 Aux termes de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29:

«Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

a) pour les auteurs, de leurs œuvres».

10 L'article 5 de la même directive énonce:

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

permettre:

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

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

[...]

5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.»

- 11 Aux termes de l'article 6 de la directive 2006/116/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 372, p. 12):

«Les photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1^{er} [qui précise la durée des droits de l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique au sens de l'article 2 de la convention de Berne]. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection. Les États membres peuvent prévoir la protection d'autres photographies.»

Le droit national

- 12 Les articles 2 et 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ont été transposés dans l'ordre juridique danois par les articles 2 et 11 bis, paragraphe 1, de la loi n° 395 sur le droit d'auteur (lov n° 395 om ophavsret), du 14 juin 1995 (*Lovtidende* 1995 A, p. 1796), telle que modifiée et codifiée, notamment, par la loi n° 1051 (lov n° 1051 om ændring af ophavsretsloven), du 17 décembre 2002 (*Lovtidende* 2002 A, p. 7881).

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 13 Infopaq exerce des activités dans le domaine de la veille et de l'analyse de la presse écrite qui consistent, en substance, à établir des synthèses d'une sélection d'articles tirés de la presse quotidienne danoise et de divers périodiques. Cette sélection des articles est effectuée en fonction des thèmes choisis par les clients et elle est réalisée par un procédé dit d'«acquisition de données». Les synthèses sont envoyées aux clients par courrier électronique.
- 14 La DDF est un syndicat professionnel des quotidiens danois, qui a notamment pour objet d'assister ses membres pour toutes les questions concernant le droit d'auteur.
- 15 Au cours de l'année 2005, il a été porté à la connaissance de la DDF qu'Infopaq procédait au traitement, à des fins commerciales, d'articles tirés de publications sans le consentement des titulaires des droits d'auteur sur ces articles. Estimant qu'un tel consentement est nécessaire pour un traitement d'articles au moyen du procédé en cause, la DDF a averti Infopaq de sa position.
- 16 Le procédé d'acquisition de données comporte les cinq phases suivantes qui aboutissent, selon la DDF, à quatre actes de reproduction d'articles de presse.
- 17 Premièrement, les publications concernées font l'objet d'un enregistrement manuel dans une base

de données électronique par les collaborateurs d'Infopaq.

- 18 Deuxièmement, il est procédé à la numérisation par balayage de ces publications, après que le dos de celles-ci a été découpé de telle sorte que toutes les feuilles soient volantes. La partie de la publication à traiter est sélectionnée dans la base de données avant l'insertion de la publication dans le numériseur à balayage (scanneur). L'opération permet de générer un fichier au format TIFF («Tagged Image File Format») de chaque page de la publication. Après la fin de cette opération, le fichier TIFF est transféré sur un serveur OCR («Optical Character Recognition») (reconnaissance optique des caractères).
- 19 Troisièmement, ce serveur OCR convertit le fichier TIFF en données pouvant faire l'objet d'un traitement numérique. Au cours de ce procédé, l'image de chaque caractère est convertie en code numérique qui indique à l'ordinateur le type du caractère. Par exemple, l'image des lettres «TDC» est transformée en une information que l'ordinateur pourra traiter comme les lettres «TDC» et les convertir en un format de texte qui peut être reconnu par le système de l'ordinateur. Ces données sont sauvegardées sous la forme de fichiers texte qui peuvent être lus par n'importe quel logiciel de traitement de texte. Le procédé OCR se termine par la suppression du fichier TIFF.
- 20 Quatrièmement, le fichier texte est analysé pour rechercher les mots clés prédéfinis. À chaque occurrence, un fichier est généré indiquant le titre, la section et le numéro de la page de la publication où figure le mot clé ainsi qu'une valeur, exprimée en pourcentage de 0 à 100, pour indiquer la position de ce mot clé dans le texte, facilitant ainsi la lecture de l'article. Pour en améliorer encore le repérage lors de la lecture de l'article, le mot clé est rapporté avec les cinq mots qui le précèdent et les cinq mots qui le suivent (ci-après l'«extrait composé de onze mots»). Le procédé se termine par la suppression du fichier texte.
- 21 Cinquièmement, le procédé d'acquisition de données s'achève par l'édition d'une fiche de suivi pour chaque page de la publication où figure le mot clé. Une fiche de suivi peut se présenter sous la forme suivante:

«4 novembre 2005 – *Dagbladet Arbejderen*, page 3:

TDC: 73 % 'prochaine cession du groupe de TDC, qui devrait être racheté par'».
- 22 Infopaq a contesté qu'une telle activité nécessite le consentement des titulaires des droits d'auteur et il a saisi l'Østre Landsret d'un recours dirigé contre la DDF, en demandant qu'il soit ordonné à cette dernière de reconnaître qu'Infopaq a le droit d'utiliser le procédé susmentionné sans le consentement de ce syndicat professionnel ou de ses membres. L'Østre Landsret ayant rejeté ce recours, Infopaq a interjeté appel devant la juridiction de renvoi.
- 23 Selon cette dernière, il est constant que le consentement des titulaires des droits d'auteur n'est pas exigé pour exercer une activité de veille de la presse et de rédaction de synthèses pour autant qu'elle consiste en la lecture physique par l'homme de chaque publication, la sélection des articles pertinents sur la base des mots clés prédéfinis ainsi qu'en la transmission à l'auteur de la synthèse d'une fiche de résultat rédigée manuellement, avec l'indication du mot clé dans un article et la position de cet article dans la publication. De même, les parties au principal s'accordent sur le fait que, en elle-même, la rédaction d'une synthèse est licite et n'exige pas le consentement du titulaire desdits droits.
- 24 Il n'est pas davantage contesté que ledit procédé d'acquisition de données consiste en deux actes de reproduction, à savoir la création de fichiers TIFF lors de la numérisation par balayage des articles imprimés et la création de fichiers texte résultant de la conversion des fichiers TIFF. En outre, il est constant que ce procédé entraîne la reproduction de parties des articles numérisés dès lors que

l'extrait composé de onze mots est mis en mémoire informatique et que ces onze mots font l'objet d'une fiche imprimée sur un support en papier.

- 25 Cependant, les parties au principal sont en désaccord sur la question de savoir si les deux derniers actes susmentionnés constituent des actes de reproduction visés à l'article 2 de la directive 2001/29. De même, ils s'opposent sur le point de savoir si l'ensemble des actes en cause au principal sont, le cas échéant, couverts par l'exemption du droit de reproduction prévue à l'article 5, paragraphe 1, de cette directive.
- 26 Dans ces conditions, le Højesteret a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:
- «1) Le fait de mettre en mémoire, puis d'imprimer, un extrait d'un article tiré d'une publication, extrait constitué d'un mot clé, des cinq mots qui le précèdent et des cinq mots qui le suivent, peut-il être considéré comme étant un acte de reproduction bénéficiant de la protection prévue à l'article 2 de la directive [2001/29]?
 - 2) Les circonstances dans lesquelles intervient un acte de reproduction sont-elles à prendre en considération pour que ledit acte puisse être qualifié de 'transitoire' au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29?
 - 3) Un acte de reproduction provisoire peut-il être qualifié de 'transitoire' si la reproduction fait l'objet d'un traitement, par exemple, si un fichier texte est créé sur la base d'un fichier image ou si des séquences de mots sont recherchées à partir d'un fichier texte?
 - 4) Un acte de reproduction provisoire peut-il être qualifié de 'transitoire' quand une partie de la reproduction, qui consiste en un ou plusieurs extraits de textes comprenant onze mots, est mise en mémoire?
 - 5) Un acte de reproduction provisoire peut-il être qualifié de 'transitoire' quand une partie de la reproduction, qui consiste en un ou plusieurs extraits de textes comprenant onze mots, fait l'objet d'une impression?
 - 6) Pour qu'un acte de reproduction puisse être considéré comme constituant 'une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique', au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, faut-il tenir compte du stade du procédé technique auquel il intervient?
 - 7) Un acte de reproduction peut-il être considéré comme constituant 'une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique' s'il consiste en la numérisation par balayage de l'intégralité d'articles de publications, opération effectuée manuellement et par laquelle lesdits articles, informations imprimées, sont convertis en données numérisées?
 - 8) Un acte de reproduction provisoire peut-il être considéré comme constituant 'une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique' s'il consiste en l'impression d'une partie de la reproduction comprenant un ou plusieurs extraits de textes composés de onze mots?
 - 9) La notion d' 'utilisation licite' de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 vise-t-elle toute forme d'utilisation ne nécessitant pas le consentement du titulaire des droits d'auteur?
 - 10) Le fait pour une entreprise de procéder à la numérisation par balayage de l'intégralité des articles de publications, opération suivie d'un traitement de la reproduction, de la mise en mémoire et, éventuellement, de l'impression d'une partie de la reproduction consistant en un ou plusieurs extraits de textes comprenant onze mots, impressions utilisées pour l'activité de

rédaction de synthèses de cette entreprise, peut-il entrer dans la notion d'«utilisation licite» figurant à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, même si les titulaires des droits d'auteur n'ont pas donné leur consentement à ces actes?

- 11) Selon quels critères peut-on apprécier si des actes de reproduction provisoires ont une «signification économique indépendante», au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, pour autant que les autres conditions de cette disposition sont réunies?
- 12) Les gains de productivité réalisés par l'utilisateur lors d'actes de reproduction provisoires doivent-ils être pris en compte pour l'appréciation de la question de savoir si les actes ont une «signification économique indépendante» au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29?
- 13) Le fait pour une entreprise de procéder à la numérisation par balayage de l'intégralité des articles de publications, opération suivie d'un traitement de la reproduction, de la mise en mémoire et, éventuellement, de l'impression d'une partie de la reproduction consistant en un ou plusieurs extraits de textes comprenant onze mots, sans le consentement des titulaires des droits d'auteur, peut-il être considéré comme relevant de «certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale» desdits articles qui «ne causent [pas] un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit», au sens de l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29?»

Sur les questions préjudicielles

Observation liminaire

- 27 À titre liminaire, il convient de rappeler qu'il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui, telles celles de l'article 2 de la directive 2001/29, ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme (voir, notamment, arrêts du 6 février 2003, SENA, C-245/00, Rec. p. I-1251, point 23, et du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, point 31).
- 28 Ces exigences s'imposent tout particulièrement en ce qui concerne la directive 2001/29, compte tenu des termes de ses sixième et vingt et unième considérants.
- 29 En conséquence, le gouvernement autrichien ne peut utilement soutenir qu'il revient aux États membres de donner la définition de la notion de «reproduction en partie» figurant à l'article 2 de la directive 2001/29 (voir en ce sens, s'agissant de la notion de «public» prévue à l'article 3 de la même directive, arrêt SGAE, précité, point 31).

Sur la première question

- 30 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si la notion de «reproduction en partie» au sens de la directive 2001/29 doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe des actes de mise en mémoire informatique d'un extrait composé de onze mots et d'impression d'un tel extrait sur un support en papier.
- 31 Force est de relever que la directive 2001/29 ne définit ni la notion de «reproduction» ni celle de «reproduction en partie».

- 32 Dans ces conditions, ces notions doivent être définies au regard des termes et du contexte des dispositions de l'article 2 de la directive 2001/29 où elles figurent ainsi qu'à la lumière tant des objectifs de l'ensemble de cette directive que du droit international (voir, en ce sens, arrêt SGAE, précité, points 34 et 35 ainsi que jurisprudence citée).
- 33 L'article 2, sous a), de la directive 2001/29 prévoit que les auteurs disposent du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction en tout ou en partie de leurs œuvres. Il en découle que la protection du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction dont jouit l'auteur a pour objet une «œuvre».
- 34 Or, à cet égard, il ressort de l'économie générale de la convention de Berne, notamment de son article 2, cinquième et huitième alinéas, que la protection de certains objets en tant qu'œuvres littéraires ou artistiques présuppose qu'ils constituent des créations intellectuelles.
- 35 De même, conformément aux articles 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 91/250, 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 et 6 de la directive 2006/116, des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur.
- 36 En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée, ainsi qu'il ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtième considérants, sur le même principe.
- 37 Dans ces conditions, le droit d'auteur au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur.
- 38 En ce qui concerne les parties d'une œuvre, il y a lieu de constater que rien dans la directive 2001/29 ou dans une autre directive applicable en la matière n'indique que ces parties sont soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière. Il s'ensuit qu'elles sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière.
- 39 Compte tenu des considérations énoncées au point 37 du présent arrêt, les différentes parties d'une œuvre bénéficient ainsi d'une protection au titre de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre.
- 40 S'agissant de l'étendue d'une telle protection de l'œuvre, il résulte des neuvième à onzième considérants de la directive 2001/29 que l'objectif principal de cette dernière est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, notamment, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, y compris à l'occasion des reproductions de celles-ci, afin de pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique.
- 41 Dans la même perspective, le vingt et unième considérant de la directive 2001/29 exige que les actes couverts par le droit de reproduction soient entendus au sens large.
- 42 Cette exigence d'une définition large desdits actes est d'ailleurs présente également dans le libellé de l'article 2 de ladite directive, qui emploie des expressions telles que «directe ou indirecte», «provisoire ou permanente», «par quelque moyen» et «sous quelque forme que ce soit».
- 43 Par conséquent, la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29 doit avoir une portée large.
- 44 En ce qui concerne les articles de presse, la création intellectuelle propre à leur auteur, visée au

point 37 du présent arrêt, résulte régulièrement de la manière dont est présenté le sujet, ainsi que de l'expression linguistique. Par ailleurs, dans l'affaire au principal, il est constant que les articles de presse constituent, en tant que tels, des œuvres littéraires visées par la directive 2001/29.

- 45 S'agissant des éléments de telles œuvres sur lesquels porte la protection, il convient de relever que celles-ci sont composées de mots qui, considérés isolément, ne sont pas en tant que tels une création intellectuelle de l'auteur qui les utilise. Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces mots qu'il est permis à l'auteur d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle.
- 46 Les mots en tant que tels ne constituent donc pas des éléments sur lesquels porte la protection.
- 47 Cela étant, compte tenu de l'exigence d'une interprétation large de la portée de la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29, il ne saurait être exclu que certaines phrases isolées, ou même certains membres de phrases du texte concerné, soient aptes à transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article. De telles phrases ou de tels membres de phrase sont donc susceptibles de faire l'objet de la protection prévue à l'article 2, sous a), de ladite directive.
- 48 Au regard de ces considérations, la reprise d'un extrait d'une œuvre protégée qui, tels ceux en cause au principal, comprend onze mots consécutifs de celle-ci, est susceptible de constituer une reproduction partielle, au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – un tel extrait contient un élément de l'œuvre qui, en tant que tel, exprime la création intellectuelle propre à l'auteur.
- 49 Par ailleurs, il convient de relever que le procédé d'acquisition de données utilisé par Infopaq permet la reprise d'extraits multiples des œuvres protégées. En effet, ce procédé reproduit un extrait composé de onze mots chaque fois qu'un mot clé apparaît dans l'œuvre concernée et, en outre, il opère souvent en fonction de plusieurs mots clés puisque certains clients demandent à Infopaq d'établir des synthèses multicritères.
- 50 Ce faisant, ledit procédé accroît la probabilité qu'Infopaq effectue des reproductions partielles au sens de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29, car l'accumulation desdits extraits peut entraîner la reconstitution de fragments étendus qui sont aptes à refléter l'originalité de l'œuvre concernée de sorte qu'ils contiennent un nombre d'éléments qui sont de nature à exprimer une création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre.
- 51 Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de répondre à la première question qu'un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur.

Sur les deuxième à douzième questions

- 52 À supposer que les actes en cause au principal relèvent de la notion de reproduction partielle d'une œuvre protégée, au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, il ressort des articles 2 et 5 de ladite directive qu'il ne peut être procédé à une telle reproduction sans le consentement de l'auteur concerné, à moins que cette reproduction remplisse les conditions énoncées à l'article 5 de cette directive.

- 53 Dans ce contexte, par ses deuxième à douzième questions, la juridiction de renvoi demande en substance si les actes de reproduction effectués au cours d'un procédé d'acquisition de données, tel que celui en cause au principal, remplissent les conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et, partant, si ce procédé peut être réalisé sans le consentement des titulaires des droits d'auteur concernés, dès lors qu'il vise à permettre la rédaction d'une synthèse d'articles de presse et consiste en la numérisation par balayage de l'intégralité de ces articles, la mise en mémoire d'un extrait de onze mots et l'impression de cet extrait.
- 54 Selon l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, un acte de reproduction n'est exempté du droit de reproduction prévu à l'article 2 de celle-ci que s'il remplit cinq conditions, à savoir lorsque:
- cet acte est provisoire;
 - il est transitoire ou accessoire;
 - il constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique;
 - l'unique finalité de ce procédé est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et
 - ledit acte n'a pas de signification économique indépendante.
- 55 Il y a lieu tout d'abord de relever que ces conditions sont cumulatives en ce sens que le non-respect d'une seule d'entre elles a pour conséquence que l'acte de reproduction n'est pas exempté, au titre de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, du droit de reproduction prévu à l'article 2 de celle-ci.
- 56 Pour l'interprétation de ces conditions, une par une, il convient ensuite de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte (arrêts du 29 avril 2004, Kapper, C-476/01, Rec. p. I-5205, point 72, et du 26 octobre 2006, Commission/Espagne, C-36/05, Rec. p. I-10313, point 31).
- 57 Tel est le cas de l'exemption prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 qui constitue une dérogation au principe général établi par cette directive, à savoir l'exigence d'une autorisation du titulaire du droit d'auteur pour toute reproduction d'une œuvre protégée.
- 58 Il en va d'autant plus ainsi que cette exemption doit être interprétée à la lumière de l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29, selon lequel ladite exemption n'est applicable que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou de l'autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.
- 59 Conformément aux quatrième, sixième et vingt et unième considérants de la directive 2001/29, les conditions énoncées par l'article 5, paragraphe 1, de celle-ci doivent être également interprétées à la lumière de l'exigence de sécurité juridique des auteurs en ce qui concerne la protection de leurs œuvres.
- 60 Dans la présente affaire, Infopaq soutient que les actes de reproduction en cause au principal remplissent la condition relative au caractère transitoire, puisqu'ils sont effacés à l'issue du processus de recherche électronique.
- 61 À cet égard, il convient de constater, à la lumière de la troisième condition rappelée au point 54 du présent arrêt, qu'un acte de reproduction provisoire et transitoire vise à permettre la réalisation d'un

procédé technique dont il doit faire partie intégrante et essentielle. Dans ces conditions, compte tenu des principes énoncés aux points 57 et 58 du présent arrêt, lesdits actes de reproduction ne sauraient excéder ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de ce procédé technique.

- 62 La sécurité juridique des titulaires de droits d'auteur impose en outre que la conservation et la suppression de la reproduction ne soient pas tributaires d'une intervention humaine discrétionnaire, notamment celle de l'utilisateur des œuvres protégées. En effet, dans un tel cas, il ne serait nullement garanti que la personne concernée procède effectivement à la suppression de la reproduction créée ou, en tout état de cause, qu'elle supprime celle-ci dès lors que son existence ne se justifie plus au regard de sa fonction visant à permettre la réalisation d'un procédé technique.
- 63 Une telle conclusion est confirmée par le trente-troisième considérant de la directive 2001/29 qui énumère, à titre d'exemples caractéristiques des actes visés à l'article 5, paragraphe 1, de celle-ci, les actes qui permettent le survol («browsing») ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide («caching»), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission. De tels actes sont, par définition, créés et supprimés automatiquement et sans intervention humaine.
- 64 Eu égard à ce qui précède, il convient de constater qu'un acte ne peut être qualifié de «transitoire», au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29, que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée.
- 65 Dans l'affaire au principal, il ne saurait être d'emblée exclu que les deux premiers actes de reproduction en cause au principal, à savoir la création de fichiers TIFF ainsi que de fichiers texte résultant de la conversion des fichiers TIFF, puissent être qualifiés de transitoires dès lors qu'ils sont effacés automatiquement de la mémoire informatique.
- 66 S'agissant du troisième acte de reproduction, à savoir la mise en mémoire informatique de l'extrait composé de onze mots, les éléments soumis à la Cour ne permettent pas d'apprécier si le procédé technique est automatisé de sorte que ce fichier est effacé de la mémoire informatique sans intervention humaine et dans un laps de temps réduit. Ainsi, il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier si sa suppression dépend de la volonté de l'utilisateur de la reproduction et si ce fichier ne risque pas de rester sauvegardé après l'accomplissement de sa fonction de réalisation du procédé technique concerné.
- 67 Il est cependant constant que, par le dernier acte de reproduction du procédé d'acquisition de données, Infopaq réalise une reproduction en dehors de la sphère informatique. Il procède à une impression des fichiers contenant les extraits composés de onze mots et il reproduit ainsi ces extraits sur un support en papier.
- 68 Or, dès lors qu'elle est fixée sur un tel support matériel, cette reproduction ne disparaît que lors de la destruction de ce support.
- 69 Par ailleurs, comme le procédé d'acquisition de données n'est pas, à l'évidence, susceptible de détruire lui-même un tel support, la suppression de ladite reproduction dépend de la seule volonté de l'utilisateur d'un tel procédé, dont il n'est nullement certain qu'il veuille s'en défaire, ce qui a pour conséquence que ladite reproduction risque de subsister pendant une période prolongée en fonction des besoins de l'utilisateur.
- 70 Dans ces conditions, il convient de constater que le dernier acte du procédé d'acquisition de

données en cause au principal, au cours duquel Infopaq imprime les extraits composés de onze mots, ne constitue pas un acte transitoire au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

- 71 En outre, il ne ressort pas du dossier transmis à la Cour et il n'a pas non plus été soutenu qu'un tel acte soit susceptible d'avoir un caractère accessoire.
- 72 Il découle de ce qui précède que ledit acte ne remplit pas la deuxième condition énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et, partant, un tel acte ne saurait être exempté du droit de reproduction prévu à l'article 2 de celle-ci.
- 73 Il s'ensuit que le procédé d'acquisition de données en cause au principal ne peut être réalisé sans le consentement des titulaires des droits d'auteur et, dès lors, il n'est pas nécessaire d'examiner si les quatre actes constituant ce procédé respectent les autres conditions énoncées audit article 5, paragraphe 1.
- 74 En conséquence, il convient de répondre aux deuxième à douzième questions que l'acte d'impression d'un extrait composé de onze mots, qui est effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données tel que celui en cause au principal, ne remplit pas la condition relative au caractère transitoire énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et, partant, ce procédé ne peut être réalisé sans le consentement des titulaires des droits d'auteur concernés.

Sur la treizième question

- 75 Compte tenu de la réponse donnée aux deuxième à douzième questions, il n'y a pas lieu de répondre à la treizième question.

Sur les dépens

- 76 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit:

- 1) **Un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur.**
- 2) **L'acte d'impression d'un extrait composé de onze mots, qui est effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données tel que celui en cause au principal, ne remplit pas la condition relative au caractère transitoire énoncée à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et, partant, ce procédé ne peut être réalisé sans le consentement des titulaires des droits d'auteur concernés.**

Signatures

* Langue de procédure: le danois.

Annexe 4 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 13 février 2014, affaire C-446/12, Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd contre Retriever Sverige AB

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

13 février 2014 (*)

«Renvoi préjudiciel – Rapprochement des législations – Droit d’auteur et droits voisins – Directive 2001/29/CE – Société de l’information – Harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins – Article 3, paragraphe 1 – Communication au public – Notion – Liens Internet (‘liens cliquables’) donnant accès à des œuvres protégées»

Dans l’affaire C-466/12,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Svea hovrätt (Suède), par décision du 18 septembre 2012, parvenue à la Cour le 18 octobre 2012, dans la procédure

Nils Svensson,

Sten Sjögren,

Madelaine Sahlman,

Pia Gadd

contre

Retriever Sverige AB,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. L. Bay Larsen, président de chambre, MM. M. Safjan, J. Malenovský (rapporteur), M^{me} A. Prechal et M. S. Rodin, juges,

avocat général: M^{me} E. Sharpston,

greffier: M^{me} C. Strömholm, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 7 novembre 2013,

considérant les observations présentées:

- pour MM. Svensson et Sjögren et M^{me} Sahlman, par M. O. Wilöf, förbundsjurist,
- pour M^{me} Gadd, par M^e R. Gómez Cabaleiro, abogado, et M^e M. Wadsted, advokat,
- pour Retriever Sverige AB, par M^{es} J. Åberg, M. Bruder, et C. Rockström, advokater,
- pour le gouvernement français, par MM. D. Colas, F.-X. Bréchet et M^{me} B. Beaupère-Manokha, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement italien, par M^{me} G. Palmieri, en qualité d’agent, assistée de M. S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

- pour le gouvernement du Royaume-Uni, par M^{me} J. Beeko, en qualité d'agent, assistée de M. N. Saunders, barrister,
 - pour la Commission européenne, par M^{me} J. Samnadda et M. J. Enegren, en qualité d'agents,
- vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,
rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant MM. Svensson et Sjögren ainsi que M^{mes} Sahlman et Gadd à Retriever Sverige AB (ci-après «Retriever Sverige») au sujet d'une indemnisation qui leur serait due en compensation du préjudice qu'ils estiment avoir subi du fait de l'insertion sur le site Internet de cette société de liens Internet cliquables («hyperliens») renvoyant à des articles de presse sur lesquels ils sont titulaires du droit d'auteur.

Le cadre juridique

Le droit international

Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

- 3 L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a adopté à Genève, le 20 décembre 1996, le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ci-après le «traité de l'OMPI sur le droit d'auteur»). Celui-ci a été approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE du Conseil, du 16 mars 2000 (JO L 89, p. 6).
- 4 Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur prévoit à son article 1^{er}, paragraphe 4, que les parties contractantes doivent se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, signée à Berne le 9 septembre 1886 (acte de Paris du 24 juillet 1971), dans sa version résultant de la modification du 28 septembre 1979 (ci-après la «convention de Berne»).

La convention de Berne

- 5 L'article 20 de la convention de Berne, intitulé «Arrangements particuliers entre pays de l'Union», dispose:

«Les Gouvernements des pays de l'Union se réservent le droit de prendre entre eux des arrangements particuliers, en tant que ces arrangements conféreraient aux auteurs des droits plus étendus que ceux accordés par la Convention, ou qu'ils renfermeraient d'autres stipulations non contraires à la présente Convention. Les dispositions des arrangements existants qui répondent aux conditions précitées restent applicables.»

Le droit de l'Union

6 Les considérants 1, 4, 6, 7, 9 et 19 de la directive 2001/29 énoncent:

«(1) Le traité prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. L'harmonisation des dispositions législatives des États membres sur le droit d'auteur et les droits voisins contribue à la réalisation de ces objectifs.

[...]

(4) Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux, et favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels. [...]

[...]

(6) En l'absence d'harmonisation à l'échelle communautaire, les processus législatifs au niveau national, dans lesquels plusieurs États membres se sont déjà engagés pour répondre aux défis technologiques, pourraient entraîner des disparités sensibles en matière de protection et, partant, des restrictions à la libre circulation des services et des marchandises qui comportent des éléments relevant de la propriété intellectuelle ou se fondent sur de tels éléments, ce qui provoquerait une nouvelle fragmentation du marché intérieur et des incohérences d'ordre législatif. L'incidence de ces disparités législatives et de cette insécurité juridique se fera plus sensible avec le développement de la société de l'information, qui a déjà considérablement renforcé l'exploitation transfrontalière de la propriété intellectuelle. Ce développement est appelé à se poursuivre. Des disparités et une insécurité juridiques importantes en matière de protection sont susceptibles d'entraver la réalisation d'économies d'échelle pour les nouveaux produits et services protégés par le droit d'auteur et les droits voisins.

(7) Le cadre législatif communautaire relatif à la protection du droit d'auteur et des droits voisins doit donc aussi être adapté et complété dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Il convient, à cet effet, d'adapter les dispositions nationales sur le droit d'auteur et les droits voisins qui varient sensiblement d'un État membre à l'autre ou qui entraînent une insécurité juridique entravant le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement de la société de l'information en Europe et il importe d'éviter que les États membres réagissent en ordre dispersé aux évolutions technologiques. En revanche, il n'est pas nécessaire de supprimer ou de prévenir les disparités qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur.

[...]

(9) Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle. Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. [...]

[...]

(19) Le droit moral des titulaires de droits sera exercé en conformité avec le droit des États

membres et les dispositions de la Convention de Berne [...] du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. [...])»

7 L'article 3 de cette directive dispose:

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

[...]

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

Le litige au principal et les questions préjudicielles

8 Les requérants au principal, tous journalistes, ont rédigé des articles de presse ayant été publiés, d'une part, dans le journal *Göteborgs-Posten* et, d'autre part, sur le site Internet du *Göteborgs-Posten*. Retriever Sverige exploite un site Internet qui fournit à ses clients, selon leurs besoins, des listes de liens Internet cliquables vers des articles publiés par d'autres sites Internet. Il est constant, entre les parties, que ces articles étaient librement accessibles sur le site du journal *Göteborgs-Posten*. Selon les requérants au principal, si le client clique sur l'un de ces liens, il ne lui apparaît pas clairement qu'il s'est déplacé sur un autre site pour accéder à l'œuvre qui l'intéresse. En revanche, selon Retriever Sverige, il est clair pour le client que, lorsqu'il clique sur l'un de ces liens, il est renvoyé vers un autre site.

9 Les requérants au principal ont assigné Retriever Sverige devant le Stockholms tingsrätt (tribunal local de Stockholm) en vue d'obtenir une indemnisation au motif que cette société aurait exploité, sans leur autorisation, certains de leurs articles, en les mettant à la disposition de ses clients.

10 Par jugement du 11 juin 2010, le Stockholms tingsrätt a rejeté leur demande. Les requérants au principal ont alors interjeté appel de ce jugement devant le Svea hovrätt (cour d'appel de Svea).

11 Devant cette juridiction, les requérants au principal ont notamment fait valoir que Retriever Sverige a porté atteinte à leur droit exclusif de mettre leurs œuvres respectives à la disposition du public, en ce sens que, grâce aux services offerts par son site Internet, ses clients auraient eu accès à leurs œuvres.

12 Retriever Sverige soutient, en défense, que la fourniture de listes de liens Internet vers des œuvres communiquées au public sur d'autres sites Internet ne constitue pas un acte susceptible d'affecter le droit d'auteur. Retriever Sverige soutient également n'avoir effectué aucune transmission d'une œuvre protégée quelconque, son action se limitant à indiquer à ses clients les sites Internet sur lesquels les œuvres qui les intéressent se trouvent.

13 Dans ces conditions, le Svea hovrätt a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Le fait pour toute personne autre que le titulaire [du droit] d'auteur sur une œuvre de fournir un lien cliquable vers cette œuvre sur son site Internet constitue-t-il une communication de l'œuvre au public selon l'article 3, paragraphe 1, de la directive [2001/29]?

- 2) L'examen de la première question est-il influencé par le fait que l'œuvre vers laquelle renvoie le lien se trouve sur un site Internet auquel chacun peut accéder sans restriction, ou que l'accès à ce site est, au contraire, limité d'une façon ou d'une autre?
- 3) Convient-il, dans l'examen de la première question, de faire une distinction selon que l'œuvre, après que l'utilisateur a cliqué sur le lien, apparaît sur un autre site Internet ou, au contraire, en donnant l'impression qu'elle se trouve montrée sur le même site [Internet]?
- 4) Un État membre peut-il protéger plus amplement le droit exclusif d'un auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles qui découlent de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29?»

Sur les questions préjudicielles

Sur les trois premières questions

- 14 Par ses trois premières questions qu'il convient d'examiner conjointement, la juridiction de renvoi demande, en substance, si, l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que constitue un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture, sur un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres protégées disponibles sur un autre site Internet, étant entendu que, sur cet autre site, les œuvres concernées sont librement accessibles.
- 15 À cet égard, il découle de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 que chaque acte de communication d'une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur.
- 16 Ainsi, il ressort de cette disposition que la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un «acte de communication» d'une œuvre et la communication de cette dernière à un «public» (voir, en ce sens, arrêt du 7 mars 2013, *ITV Broadcasting e.a.*, C-607/11, points 21 et 31).
- 17 S'agissant du premier de ces éléments, à savoir l'existence d'un «acte de communication», celui-ci doit être entendu de manière large (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.*, C-403/08 et C-429/08, Rec. p. I-9083, point 193), et ce afin de garantir, ainsi qu'il résulte notamment des considérants 4 et 9 de la directive 2001/29, un niveau élevé de protection aux titulaires d'un droit d'auteur.
- 18 En l'occurrence, il convient de relever que le fait de fournir, sur un site Internet, des liens cliquables vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès sur un autre site, offre aux utilisateurs du premier site un accès direct auxdites œuvres.
- 19 Or, ainsi qu'il ressort de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, pour qu'il y ait «acte de communication», il suffit, notamment, qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité (voir, par analogie, arrêt du 7 décembre 2006, *SGAE*, C-306/05, Rec. p. I-11519, point 43).
- 20 Il s'ensuit que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifié de «mise à disposition» et, par conséquent, d'«acte de communication», au sens de ladite disposition.
- 21 En ce qui concerne le second des éléments susmentionnés, à savoir que l'œuvre protégée doit être

effectivement communiquée à un «public», il découle de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 que, par «public», cette disposition vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important (arrêts précités SGAE, points 37 et 38, ainsi que *ITV Broadcasting e.a.*, point 32).

- 22 Or, un acte de communication, tel que celui effectué par le gérant d'un site Internet au moyen de liens cliquables, vise l'ensemble des utilisateurs potentiels du site que cette personne gère, soit un nombre indéterminé et assez important de destinataires.
- 23 Dans ces conditions, il doit être considéré que ledit gérant effectue une communication à un public.
- 24 Cela étant, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, pour relever de la notion de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, encore faut-il qu'une communication, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, visant les mêmes œuvres que la communication initiale et ayant été effectuée sur Internet à l'instar de la communication initiale, donc selon le même mode technique, soit adressée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale au public (voir, par analogie, arrêt SGAE, précité, points 40 et 42; ordonnance du 18 mars 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, C-136/09, point 38, ainsi que arrêt *ITV Broadcasting e.a.*, précité, point 39).
- 25 En l'occurrence, il doit être constaté que la mise à disposition des œuvres concernées au moyen d'un lien cliquable, telle celle au principal, ne conduit pas à communiquer les œuvres en question à un public nouveau.
- 26 En effet, le public ciblé par la communication initiale était l'ensemble des visiteurs potentiels du site concerné, car, sachant que l'accès aux œuvres sur ce site n'était soumis à aucune mesure restrictive, tous les internautes pouvaient donc y avoir accès librement.
- 27 Dans ces conditions, il y a lieu de constater que, lorsque l'ensemble des utilisateurs d'un autre site auxquels les œuvres en cause ont été communiquées au moyen d'un lien cliquable pouvaient directement accéder à ces œuvres sur le site sur lequel celles-ci ont été communiquées initialement, sans intervention du gérant de cet autre site, les utilisateurs du site géré par ce dernier doivent être considérés comme des destinataires potentiels de la communication initiale et donc comme faisant partie du public pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsque ces derniers ont autorisé la communication initiale.
- 28 Dès lors, faute de public nouveau, l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas à une communication au public telle que celle au principal.
- 29 Une telle constatation ne saurait être remise en cause si la juridiction de renvoi devait constater, ce qui ne ressort pas clairement du dossier, que, lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site où se trouve ce lien, alors que cette œuvre provient en réalité d'un autre site.
- 30 En effet, cette circonstance supplémentaire ne modifie en rien la conclusion selon laquelle la fourniture sur un site d'un lien cliquable vers une œuvre protégée publiée et librement accessible sur un autre site a pour effet de mettre à la disposition des utilisateurs du premier site ladite œuvre et constitue donc une communication au public. Cependant, étant donné qu'il n'y a pas de public nouveau, en tout état de cause l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas à une telle communication au public.

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

32 Dans ces conditions, il y a lieu de répondre aux trois premières questions posées que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet.

Sur la quatrième question

33 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition.

34 À cet égard, il découle, notamment, des considérants 1, 6 et 7 de la directive 2001/29 que cette dernière a notamment pour objectifs de remédier aux disparités législatives et à l'insécurité juridique qui entourent la protection des droits d'auteur. Or, admettre qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend également des opérations autres que celles visées à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 aurait pour effet de créer des disparités législatives et donc, pour les tiers, de l'insécurité juridique.

35 En conséquence, l'objectif poursuivi par la directive 2001/29 serait inévitablement compromis si la notion de communication au public pouvait être entendue par différents États membres comme comprenant davantage d'opérations que celles visées à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive.

36 Certes, le considérant 7 de ladite directive fait état de ce que cette dernière n'a pas pour objectif de supprimer ou de prévenir les disparités qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur. Néanmoins, il doit être constaté que, si les États membres devaient se voir reconnaître la faculté de prévoir que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à l'article 3, paragraphe 1, de la même directive, il en résulterait nécessairement une atteinte au fonctionnement du marché intérieur.

37 Il s'ensuit que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ne saurait être entendu comme permettant aux États membres de protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition.

38 Une telle conclusion n'est pas infirmée par la circonstance, mise en avant par les parties requérantes au principal dans leurs observations écrites, selon laquelle l'article 20 de la convention de Berne stipule que les pays signataires peuvent prendre entre eux des «arrangements particuliers» afin de conférer aux titulaires d'un droit d'auteur, des droits plus étendus que ceux prévus par cette convention.

- 39 À cet égard, il suffit de rappeler que, lorsqu'une convention permet à un État membre de prendre une mesure qui apparaît contraire au droit de l'Union, sans toutefois l'y obliger, l'État membre doit s'abstenir d'adopter une telle mesure (arrêt du 9 février 2012, Luksan, C-277/10, point 62).
- 40 Étant donné que l'objectif de la directive 2001/29 serait inévitablement compromis si la notion de communication au public était entendue comme comprenant davantage d'opérations que celles visées à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, un État membre doit s'abstenir d'utiliser la faculté qui lui est accordée par l'article 20 de la convention de Berne.
- 41 Par conséquent, il y a lieu de répondre à la quatrième question que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition.

Sur les dépens

- 42 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit:

- 1) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet.
- 2) L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition.

Signatures

⁴ Langue de procédure: le suédois.

Annexe 5 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 21 octobre 2014, affaire C-348/13, BestWater International GmbH contre Michael Mebes, Stefan Potsch

ORDONNANCE DE LA COUR (neuvième chambre)

21 octobre 2014 (*)

«Renvoi préjudiciel – Rapprochement des législations – Droit d'auteur et droits voisins – Directive 2001/29/CE – Société de l'information – Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins – Article 3, paragraphe 1 – Communication au public – Notion – Liens Internet donnant accès à des œuvres protégées – Utilisation de la technique de la 'transclusion' ('framing')»

Dans l'affaire C-348/13,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Bundesgerichtshof (Allemagne), par décision du 16 mai 2013, parvenue à la Cour le 25 juin 2013, dans la procédure

BestWater International GmbH

contre

Michael Mebes,

Stefan Potsch,

LA COUR (neuvième chambre),

composée de M. J. Malenovský (rapporteur), faisant fonction de président de la neuvième chambre, M. M. Safjan et M^{me} A. Prechal, juges,

avocat général: M^{me} E. Sharpston,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de statuer par voie d'ordonnance motivée, conformément à l'article 99 du règlement de procédure de la Cour,

rend la présente

Ordonnance

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant BestWater International GmbH (ci-après «BestWater International») à MM. Mebes et Potsch au sujet de l'insertion, sur des sites Internet gérés par ces personnes, de liens cliquables qui utilisent la technique de la «transclusion» («framing») et au moyen desquels l'internaute était dirigé vers un film sur lequel BestWater International disposait des droits exclusifs d'exploitation.

Le cadre juridique

- 3 L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 dispose:

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

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 4 BestWater International fabrique et commercialise des systèmes de filtre à eau. Pour ses besoins publicitaires, elle a fait produire un film de deux minutes environ sur le thème de la pollution des eaux, sur lequel elle détient des droits exclusifs d'exploitation. Au moment des faits ayant donné lieu au litige au principal, ce film était consultable sur la plateforme vidéo «YouTube». Cependant, BestWater International affirme que cette mise en ligne a été réalisée sans son consentement.
- 5 MM. Mebes et Potsch sont des agents commerciaux indépendants qui agissent pour le compte d'une entreprise concurrente de BestWater International. Ils possèdent chacun un site Internet sur lequel ils assurent la promotion des produits commercialisés par leur cliente. Au cours de l'été 2010, MM. Mebes et Potsch ont permis aux visiteurs de leurs sites Internet de visualiser le film produit par BestWater International au moyen d'un lien Internet utilisant la technique de la «transclusion». 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.
- 6 Considérant que MM. Mebes et Potsch avaient mis le film qu'elle avait produit à la disposition du public sans son autorisation, BestWater International a introduit une action en vue d'obtenir la cessation de sa diffusion et leur a réclamé des dommages et intérêts ainsi que le remboursement des frais de mise en demeure.
- 7 MM. Mebes et Potsch s'étant engagés, sous peine d'une pénalité conventionnelle, à cesser la diffusion du film, les parties ont considéré d'un commun accord que l'action en cessation était devenue sans objet. En revanche, la juridiction de première instance a fait droit aux autres chefs de demande de BestWater International en condamnant chacun des défendeurs au principal à lui verser 1 000 euros de dommages et intérêts et à lui rembourser 555,60 euros au titre des frais de mise en demeure. Cette juridiction a en outre condamné MM. Mebes et Potsch aux dépens, y compris en ce qui concerne la partie du litige devenue sans objet.
- 8 Saisie par MM. Mebes et Potsch, la juridiction d'appel a réformé la décision de première instance en répartissant à parts égales les dépens relatifs à la demande devenue sans objet. En revanche, elle a rejeté les autres chefs de demande de BestWater International.
- 9 BestWater International a introduit un recours en «Revision» devant le Bundesgerichtshof contre l'arrêt de ladite juridiction d'appel.
- 10 Lors de l'examen dudit recours, la juridiction de renvoi a notamment relevé, en substance, que, lorsqu'une œuvre a déjà fait l'objet d'une «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, un nouvel acte de communication effectué selon le même mode technique ne peut être qualifié de «communication au public» au sens de cette disposition que si cet acte s'effectue auprès d'un public nouveau. Par conséquent, l'insertion, dans l'affaire au principal, de liens Internet par MM. Mebes et Potsch vers le film produit par BestWater International n'aurait pas eu pour effet de transmettre à un public nouveau ce film, car celui-ci était déjà librement disponible sur une plateforme vidéo. Toutefois, cette juridiction observe que les liens en cause utilisaient la technique de la «transclusion». Or, cette technique permet au gérant d'un site de s'approprier une œuvre, tout en lui évitant de devoir la copier et ainsi de tomber dans le champ d'application des dispositions relatives au droit de reproduction. Par conséquent, la juridiction de renvoi se pose la question de savoir si l'utilisation de cette technique justifierait qu'il soit néanmoins admis que l'insertion des liens en cause au principal constitue une «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.
- 11 Dans ces conditions, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la

question préjudicielle suivante:

«Le fait que l'œuvre d'un tiers mise à la disposition du public sur un site Internet soit insérée sur un autre site Internet dans des conditions telles que celles en cause au principal peut-il être qualifié de 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, même lorsque l'œuvre en question n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique différent de celui de la communication d'origine?»

Sur la question préjudicielle

- 12 Conformément à l'article 99 de son règlement de procédure, lorsque la réponse à une question posée à titre préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut à tout moment, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, décider de statuer par voie d'ordonnance motivée.
- 13 Il y a lieu de faire application de cette disposition dans le cadre du présent renvoi préjudiciel.
- 14 En effet, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que, pour être qualifiée de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, une œuvre protégée doit être communiquée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un public nouveau, c'est-à-dire un public n'ayant pas été déjà pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de leur œuvre au public (voir, en ce sens, arrêt SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, points 40 et 42; ordonnance Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09, EU:C:2010:151, point 38, ainsi que arrêt ITV Broadcasting e.a., C-607/11, EU:C:2013:147, point 39).
- 15 S'agissant plus spécifiquement de l'insertion sur un site Internet, par un tiers, au moyen d'un lien Internet, d'une œuvre protégée ayant été déjà librement communiquée au public sur un autre site Internet, la Cour a jugé, au point 24 de l'arrêt Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), que, étant donné qu'un tel acte de communication utilise le même mode technique que celui déjà utilisé pour communiquer cette œuvre sur cet autre site Internet, pour être qualifié de «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001, cet acte doit être effectué auprès d'un public nouveau.
- 16 Lorsque tel n'est pas le cas, notamment, en raison du fait que l'œuvre est déjà librement disponible pour l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur, ledit acte ne saurait être qualifié de «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 (voir, en ce sens, arrêt Svensson e.a., EU:C:2014:76, points 25 à 28).
- 17 Aux points 29 et 30 de l'arrêt Svensson e.a. (EU:C:2014:76), la Cour a précisé que cette conclusion n'est pas remise en cause par la circonstance que, lorsque les internautes cliquent sur le lien en cause, l'œuvre protégée apparaît en donnant l'impression qu'elle est montrée depuis le site sur lequel se trouve ce lien, alors qu'elle provient en réalité d'un autre site. Or, cette circonstance est, en substance, celle qui caractérise l'utilisation, comme dans l'affaire au principal, de la technique de la «transclusion», cette dernière consistant à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un d'eux, au moyen d'un lien Internet «incorporé» («inline linking»), un élément provenant d'un autre site afin de dissimuler aux utilisateurs de ce site l'environnement d'origine auquel appartient cet élément.
- 18 Certes, comme le relève la juridiction de renvoi, cette technique peut être utilisée pour mettre à la disposition du public une œuvre en évitant de devoir la copier et ainsi de tomber dans le champ d'application des dispositions relatives au droit de reproduction, mais il n'en demeure pas moins que son utilisation n'aboutit pas à ce que l'œuvre en cause soit communiquée à un public nouveau. En effet, dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible sur le site vers lequel pointe le lien Internet, il doit être considéré que, lorsque les titulaires du droit d'auteur ont autorisé cette communication, ceux-ci ont pris en compte l'ensemble des internautes comme

public.

- 19 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la «transclusion», telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifié de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine.

Sur les dépens

- 20 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs, la Cour (neuvième chambre) dit pour droit:

Le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la «transclusion» («framing»), telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifié de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine.

Signatures

Annexe 6 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 12 novembre 2015, affaire C-572/13, Hewlett-Packard Belgium SPRL contre Reprobel SCRL

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

12 novembre 2015 (*)

«Renvoi préjudiciel – Rapprochement des législations – Propriété intellectuelle – Droit d'auteur et droits voisins – Directive 2001/29/CE – Droit exclusif de reproduction – Exceptions et limitations – Article 5, paragraphe 2, sous a) et b) – Exception de reprographie – Exception de copie privée – Exigence de cohérence dans l'application des exceptions – Notion de 'compensation équitable' – Perception d'une rémunération au titre de la compensation équitable sur les imprimantes multifonctions – Rémunération proportionnelle – Rémunération forfaitaire – Cumul de rémunérations forfaitaire et proportionnelle – Mode de calcul – Bénéficiaires de la compensation équitable – Auteurs et éditeurs – Partitions»

Dans l'affaire C-572/13,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par la cour d'appel de Bruxelles (Belgique), par décision du 23 octobre 2013, parvenue à la Cour le 8 novembre 2013, dans la procédure

Hewlett-Packard Belgium SPRL

contre

Reprobel SCRL,

en présence de:

Epson Europe BV,

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. L. Bay Larsen, président de la troisième chambre, faisant fonction de président de la quatrième chambre, MM. J. Malenovský (rapporteur), M. Safjan, M^{mes} A. Prechal et K. Jürimäe, juges,

avocat général: M. P. Cruz Villalón,

greffier: M. V. Tourrés, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 29 janvier 2015,

considérant les observations présentées:

- pour Hewlett-Packard Belgium SPRL, par M^e T. van Innis, avocat,
- pour Reprobel SCRL, par M^{es} A. Berenboom, J.-F. Puyraimond, P. Callens, D. De Marez et T. Baumé, avocats,
- pour Epson Europe BV, par M^{es} B. Van Asbroeck, E. Cottenie et J. Debussche, avocats,
- pour le gouvernement belge, par MM. J.-C. Halleux et T. Materne, en qualité d'agents,

assistés de M^e F. de Visscher, avocat,

- pour le gouvernement tchèque, par M. M. Smolek, en qualité d’agent,
- pour l’Irlande, par M^{mes} E. Creedon et E. McPhillips ainsi que par M. A. Joyce, en qualité d’agents, assistés de M. J. Bridgman, BL,
- pour le gouvernement autrichien, par M^{me} C. Pesendorfer, en qualité d’agent,
- pour le gouvernement polonais, par M. B. Majczyna, en qualité d’agent,
- pour le gouvernement portugais, par MM. L. Inez Fernandes et T. Rendas, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement finlandais, par M^{me} H. Leppo, en qualité d’agent,
- pour la Commission européenne, par M^{mes} J. Hottiaux et J. Samnadda, en qualité d’agents,

ayant entendu l’avocat général en ses conclusions à l’audience du 11 juin 2015,

rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l’interprétation de l’article 5, paragraphe 2, sous a) et b), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information (JO L 167, p. 10).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d’un litige opposant Hewlett-Packard Belgium SPRL (ci-après «Hewlett-Packard») à Reprobel SCRL (ci-après «Reprobel»), au sujet de sommes réclamées par cette dernière à Hewlett-Packard, correspondant à la compensation équitable due au titre d’exceptions au droit de reproduction.

Le cadre juridique

Le droit de l’Union

- 3 Les considérants 31, 32, 35 et 37 de la directive 2001/29 sont libellés comme suit:

«(31) Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d’intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu’entre celles-ci et les utilisateurs d’objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d’auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s’accroître avec le développement de l’exploitation des œuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse. Le degré d’harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

(32) La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public. Certaines exceptions ou limitations ne s'appliquent qu'au droit de reproduction, s'il y a lieu. La liste tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Les États membres appliquent ces exceptions et limitations de manière cohérente et la question sera examinée lors d'un futur réexamen des dispositions de mise en œuvre.

[...]

(35) Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés. Lors de la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel d'une telle compensation équitable, il convient de tenir compte des circonstances propres à chaque cas. Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question. Dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû. Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive. Certains cas où le préjudice au titulaire du droit serait minime pourraient ne pas donner naissance à une obligation de paiement.

[...]

(37) Les régimes nationaux qui peuvent exister en matière de reprographie ne créent pas de barrières majeures pour le marché intérieur. Les États membres doivent être autorisés à prévoir une exception ou une limitation en ce qui concerne la reprographie.»

4 Selon l'article 2 de la directive 2001/29:

«Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie:

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

5 L'article 5, paragraphe 2, de la directive 2001/29 dispose:

«Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants:

- a) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation

équitable;

- b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés;

[...]

- 6 Aux termes de l'article 5, paragraphe 5, de ladite directive:

«Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.»

Le droit belge

- 7 L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (*Moniteur belge* du 27 juillet 1994, p. 19297), dans sa version applicable au litige au principal (ci-après la «LDA»), dispose:

«L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie.

[...]

- 8 L'article 22, paragraphe 1, de la LDA prévoit:

«Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire:

[...]

4° la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres fixées sur un support graphique ou analogue, lorsque cette reproduction est effectuée dans un but strictement privé et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre;

4° bis la reproduction fragmentaire ou intégrale d'articles ou d'œuvres plastiques ou celle de courts fragments d'autres œuvres fixées sur un support graphique ou analogue lorsque cette reproduction est effectuée à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique dans la mesure justifiée par le but non lucratif poursuivi et ne porte pas préjudice à l'exploitation normale de l'œuvre [...]

5° les reproductions des œuvres sonores et audiovisuelles effectuées dans le cercle de famille et réservées à celui-ci.»

- 9 Les articles 59 à 61 de la LDA prévoient:

«Article 59

Les auteurs et les éditeurs d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue ont droit à une rémunération en raison de la reproduction de celles-ci, y compris dans les conditions fixées aux

articles 22, § 1^{er}, 4° et 4° bis [...]

La rémunération est versée par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire d'appareils permettant la copie des œuvres protégées, lors de la mise en circulation de ces appareils sur le territoire national.

Article 60

En outre, une rémunération proportionnelle, déterminée en fonction du nombre de copies réalisées, est due par les personnes physiques ou morales qui réalisent des copies d'œuvres, ou le cas échéant, à la décharge des premières, par celles qui tiennent à titre onéreux ou gratuit un appareil de reproduction à la disposition d'autrui.

Article 61

Le Roi fixe le montant des rémunérations visées aux articles 59 et 60, par arrêté délibéré en Conseil des ministres. La rémunération visée à l'article 60 peut être modulée en fonction des secteurs concernés.

Il fixe les modalités de perception, de répartition et de contrôle de ces rémunérations ainsi que le moment où elles sont dues.

Sous réserve des conventions internationales, les rémunérations prévues aux articles 59 et 60 sont attribuées à part égale aux auteurs et aux éditeurs.

Selon les conditions et les modalités qu'Il fixe, le Roi charge une société représentative de l'ensemble des sociétés de gestion des droits d'assurer la perception et la répartition de la rémunération.»

- 10 Les montants de la rémunération forfaitaire et de la rémunération proportionnelle, visées aux articles 59 et 60 de la LDA, sont fixés aux articles 2, 4, 8 et 9 de l'arrêté royal du 30 octobre 1997 relatif à la rémunération des auteurs et des éditeurs pour la copie dans un but privé ou didactique des œuvres fixées sur un support graphique ou analogue (ci-après l'«arrêté royal»). Ces articles prévoient:

«Article 2

§ 1^{er} Le montant de la rémunération forfaitaire applicable aux copieurs est fixé à:

- 1° [5,01] EUR par copieur réalisant moins de 6 copies par minute;
- 2° [18,39] EUR par copieur réalisant entre 6 et 9 copies par minute;
- 3° [60,19] EUR par copieur réalisant entre 10 et 19 copies par minute;
- 4° [195,60] EUR par copieur réalisant entre 20 et 39 copies par minute;
- 5° [324,33] EUR par copieur réalisant entre 40 et 59 copies par minute;
- 6° [810,33] EUR par copieur réalisant entre 60 et 89 copies minute;
- 7° [1838,98] EUR par copieur réalisant plus de 89 copies par minute.

Pour fixer le montant de la rémunération forfaitaire, la vitesse noir et blanc est prise en

considération, y compris pour les appareils qui réalisent des copies en couleur.

§ 2. Le montant de la rémunération forfaitaire applicable aux duplicateurs et aux machines offset de bureau est fixé à:

- 1° [324,33] EUR par duplicateur;
- 2° [810,33] EUR par machine offset de bureau.

[...]

Article 4

Pour les appareils qui intègrent plusieurs fonctions correspondant aux fonctions des appareils visés aux articles 2 et 3, le montant de la rémunération forfaitaire est le montant le plus élevé parmi ceux prévus aux articles 2 et 3 qui sont susceptibles de s'appliquer à l'appareil intégré.

[...]

Article 8

À défaut de coopération du débiteur telle qu'elle est définie aux articles 10 à 12, le montant de la rémunération proportionnelle est fixé à:

- 1° [0,0334] EUR par copie d'œuvre protégée;
- 2° [0,0251] EUR par copie d'œuvre protégée réalisée au moyen d'appareils utilisés par un établissement d'enseignement ou de prêt public.

Les montants visés à l'alinéa premier sont multipliés par 2 pour les copies en couleur d'œuvres en couleur protégées.

Article 9

Pour autant que le débiteur ait coopéré à la perception de la rémunération proportionnelle par la société de gestion des droits, le montant de celle-ci est fixé à:

- 1° [0,0201] EUR par copie d'œuvre protégée;
- 2° [0,0151] EUR par copie d'œuvre protégée réalisée au moyen d'appareils utilisés par un établissement d'enseignement ou de prêt public.

Les montants visés à l'alinéa premier sont multipliés par 2 pour les copies couleurs d'œuvres protégées couleurs.»

- 11 La coopération visée aux articles 8 et 9 de l'arrêté royal est définie aux articles 10 à 12 de celui-ci. L'article 10 dispose:

«Le débiteur a coopéré à la perception de la rémunération proportionnelle lorsqu'il:

- 1° a remis sa déclaration pour la période considérée à la société de gestion des droits conformément aux dispositions de la section 3;
- 2° a versé à titre provisionnel à la société de gestion des droits au moment de la remise de la déclaration à celle-ci la rémunération proportionnelle correspondant au nombre déclaré de

copies d'œuvres protégées multiplié par le tarif pertinent visé à l'article 9, et;

- 3° a) soit a estimé d'un commun accord avec la société de gestion des droits avant l'expiration d'un délai de 200 jours ouvrables à dater de la réception de la déclaration par la société de gestion des droits, le nombre de copies d'œuvres protégées réalisées durant la période considérée;
- b) soit a fourni les renseignements nécessaires à l'élaboration de l'avis visé à l'article 14 pour autant que la société de gestion des droits ait demandé un avis conformément à cet article.»

12 L'article 26 de l'arrêté royal prévoit:

«§ 1^{er}. Au plus tard, à la fin de la deuxième année à dater de l'entrée en vigueur du présent arrêté et par la suite tous les cinq ans, la société de gestion des droits fait réaliser une étude sur la copie dans un but privé ou didactique d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue, en Belgique, par un organisme indépendant.

§ 2. Cette étude aura notamment pour objet de déterminer:

- 1° le nombre d'appareils utilisés et la répartition de ceux-ci par secteur d'activités;
- 2° le volume des copies réalisées au moyen de ces appareils et la répartition de ce volume par secteur d'activités;
- 3° le volume de copies d'œuvres protégées fixées sur un support graphique ou analogue réalisées au moyen de ces appareils et la répartition de ce volume par secteur d'activités;
- 4° la répartition du volume de copies d'œuvres protégées selon les différentes catégories d'œuvres protégées fixées sur un support graphique ou analogue;
- 5° le budget affecté par les débiteurs à la reproduction dans un but privé ou didactique d'œuvres fixées sur un support graphique ou analogue ainsi que le budget affecté par les débiteurs à la rémunération pour reprographie.

[...]»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

- 13 Hewlett-Packard importe en Belgique des appareils de reprographie à usage professionnel et domestique, notamment des appareils «multifonctions» dont la fonction principale est d'imprimer des documents à des vitesses variant selon la qualité d'impression.
- 14 Reprobel est la société de gestion qui est chargée de la perception et de la répartition des sommes correspondant à la compensation équitable au titre de l'exception de reprographie.
- 15 Par télécopie du 16 août 2004, Reprobel a informé Hewlett-Packard que la vente, par celle-ci, d'imprimantes «multifonctions» devrait entraîner, en principe, le versement d'une redevance de 49,20 euros par imprimante.
- 16 Les réunions organisées et les courriers échangés entre Hewlett-Packard et Reprobel n'ayant pu aboutir à un accord sur le tarif applicable à ces imprimantes «multifonctions», Hewlett-Packard a, par exploit du 8 mars 2010, cité Reprobel devant le tribunal de première instance de Bruxelles. Elle

demandait, d'une part, que cette juridiction dise pour droit qu'aucune rémunération n'était due pour les imprimantes qu'elle avait mises en vente ou, subsidiairement, que les rémunérations qu'elle avait versées correspondaient aux compensations équitables dues en application de la réglementation belge, interprétée à la lumière de la directive 2001/29. Elle demandait, d'autre part, que Reprobel soit condamnée à effectuer dans l'année, sous peine d'une astreinte de 10 millions d'euros, une étude conforme à celle visée à l'article 26 de l'arrêté royal, portant notamment sur le nombre d'imprimantes en litige et sur leur utilisation effective en tant que copieurs d'œuvres protégées et destinée à comparer cette utilisation aux utilisations effectives de tout autre appareil de reproduction d'œuvres protégées.

17 Le 11 mars 2010, Reprobel a fait citer Hewlett-Packard devant ce même tribunal aux fins que celle-ci soit condamnée à lui verser la somme de 1 euro à titre provisionnel sur les rémunérations qu'elle estimait dues en exécution de l'arrêté royal.

18 Le tribunal de première instance de Bruxelles a prononcé la jonction de ces deux procédures.

19 Par jugement du 16 novembre 2012, le tribunal de première instance de Bruxelles a jugé que les articles 59, premier alinéa, et 61, troisième alinéa, de la LDA étaient incompatibles avec le droit de l'Union.

20 Hewlett-Packard et Reprobel ont interjeté appel de ce jugement devant la juridiction de renvoi.

21 La cour d'appel de Bruxelles a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Les termes 'compensation équitable' repris à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent-ils recevoir une interprétation différente selon que la reproduction effectuée sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires l'est par tout utilisateur ou par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales? En cas de réponse affirmative, sur quels critères cette différence d'interprétation doit-elle se fonder?

2) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent-ils être interprétés comme autorisant les États membres à fixer la compensation équitable revenant aux titulaires de droits sous la forme:

a) d'une rémunération forfaitaire versée par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire d'appareils permettant la copie des œuvres protégées, lors de la mise en circulation de ces appareils sur le territoire national dont le montant est uniquement calculé en fonction de la vitesse avec laquelle le copieur est susceptible de réaliser un nombre de copies par minute, sans autre lien avec le préjudice éventuellement subi par les titulaires de droits, et

b) d'une rémunération proportionnelle, déterminée uniquement par un prix unitaire multiplié par le nombre de copies réalisées, qui varie selon que le débiteur a coopéré ou non à la perception de cette rémunération, laquelle est à la charge des personnes physiques ou morales qui réalisent des copies d'œuvres ou, le cas échéant, à la décharge des premières, par celles qui tiennent à disposition à titre onéreux ou gratuit un appareil de reproduction à la disposition d'autrui.

En cas de réponse négative à cette question, quels sont les critères pertinents et cohérents que

les États membres doivent suivre pour que, conformément au droit de l'Union, la compensation puisse être considérée comme équitable et qu'un juste équilibre soit instauré entre les personnes concernées?

- 3) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent-ils être interprétés comme autorisant les États membres à attribuer la moitié de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits aux éditeurs des œuvres créées par les auteurs, sans obligation quelconque pour les éditeurs de faire bénéficier, même indirectement, les auteurs d'une partie de la compensation dont ils sont privés?
 - 4) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent-ils être interprétés comme autorisant les États membres à mettre en place un système indifférencié de perception de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits, sous la forme d'un forfait et d'un montant par copie réalisée, couvrant implicitement mais certainement et pour partie la copie de partitions de musique et de reproductions contrefaisantes?»
- 22 Par arrêt interlocutoire du 7 février 2014, la cour d'appel de Bruxelles a admis Epson Europe BV à intervenir dans le litige au principal.

Sur les questions préjudicielles

Sur la recevabilité

- 23 Repobel et le gouvernement belge contestent la recevabilité des questions portant sur l'interprétation de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29, au motif que l'interprétation ainsi sollicitée serait sans rapport avec l'objet du litige au principal.
- 24 À cet égard, il est de jurisprudence constante de la Cour que, dans le cadre de la coopération entre celle-ci et les juridictions des États membres telle que prévue à l'article 267 TFUE, il appartient aux seules juridictions nationales, qui sont saisies du litige et doivent assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit de l'Union, la Cour est, en principe, tenue de statuer (arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, point 21).
- 25 Dès lors que les questions portant sur le droit de l'Union bénéficient d'une présomption de pertinence, le rejet par la Cour d'une demande formée par une juridiction nationale n'est ainsi possible que s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées (arrêt Blanco Pérez et Chao Gómez, C-570/07 et C-571/07, EU:C:2010:300, point 36 et jurisprudence citée).
- 26 Or, tel n'est pas le cas en l'occurrence. Il apparaît en effet que l'interprétation demandée porte sur le droit de l'Union et que, dans la mesure où la compensation équitable en cause au principal s'applique notamment aux personnes physiques procédant à des reproductions pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, il n'est pas manifeste que l'interprétation demandée de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 n'aurait aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal ou qu'elle serait de nature

hypothétique.

- 27 Il en découle que les questions préjudicielles sont recevables.

Sur la première question

- 28 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent être interprétés en ce sens que, concernant les termes «compensation équitable» qui y figurent, il y a lieu d'établir une différence selon que la reproduction effectuée sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires l'est par tout utilisateur ou qu'elle l'est par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales.
- 29 Selon l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29, les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou des limitations au droit de reproduction lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur un support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable (ci-après l'«exception de reprographie»).
- 30 L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 ne précisant ni les utilisateurs auxquels l'exception de reprographie qu'elle prévoit est destinée, ni la finalité de la reproduction visée par cette disposition, ni le contexte privé ou non de cette reproduction, une telle exception doit être entendue comme concernant toutes les catégories d'utilisateurs, y compris les personnes physiques, et ce quelle que soit la finalité des reproductions, y compris celles effectuées pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales.
- 31 L'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 dispose, pour sa part, que les États membres peuvent prévoir de telles exceptions ou limitations lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable (ci-après l'«exception de copie privée»).
- 32 Cette disposition indiquant explicitement que les reproductions qu'elle vise sont effectuées sur «tout support», elle doit être entendue comme concernant également celles effectuées sur papier ou sur un support similaire. Par ailleurs, ladite disposition ne précisant pas la technique de reproduction en cause, elle doit être entendue comme n'excluant pas de son champ d'application les reproductions effectuées au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires.
- 33 Il s'ensuit que les champs d'application des dispositions prévoyant, respectivement, l'exception de reprographie et l'exception de copie privée se recoupent en partie.
- 34 Plus concrètement, si les reproductions effectuées par des personnes physiques pour leur usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales sont susceptibles de relever tant de l'exception de reprographie que de l'exception de copie privée, les reproductions réalisées par des utilisateurs autres que des personnes physiques, de même que celles réalisées par des personnes physiques pour un usage autre que privé ou à des fins commerciales, relèvent uniquement de l'exception de reprographie.
- 35 S'agissant des termes «compensation équitable» il convient de relever, à titre liminaire, que la Cour a déjà jugé que la notion de «compensation équitable», au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29, est une notion autonome du droit de l'Union, qui doit donc être interprétée

d'une manière uniforme dans tous les États membres ayant introduit une exception de copie privée (arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, point 37).

- 36 La Cour a également jugé que la compensation équitable doit nécessairement être calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs d'œuvres protégées. En effet, il ressort des considérants 35 et 38 de la directive 2001/29 que la conception et le niveau de la compensation équitable sont liés au préjudice résultant pour l'auteur de la reproduction de son œuvre protégée effectuée sans son autorisation. Dans cette perspective, la compensation équitable doit être regardée comme la contrepartie du préjudice subi par cet auteur (voir, en ce sens, arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, points 40 et 42).
- 37 Certes, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620) concernait spécifiquement l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29. Toutefois, dans cet arrêt, la Cour a interprété la notion de compensation équitable en recourant, notamment, à des arguments, tirés du considérant 35 de cette directive, qui valent pour l'ensemble des exceptions prévues à l'article 5 de celle-ci et pour lesquelles une compensation équitable est exigée. La jurisprudence dégagée dans ledit arrêt, telle qu'elle est mentionnée au point 36 du présent arrêt, doit, dès lors, être considérée comme également pertinente, mutatis mutandis, pour l'interprétation de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de ladite directive (voir, en ce sens, VG Wort e.a., C-457/11 à C-460/11, EU:C:2013:426, points 73 et 77).
- 38 Cette conclusion est corroborée par l'argument tiré de l'exigence de cohérence pour les États membres dans l'application des exceptions qui les lient, ainsi qu'il ressort de la dernière phrase du considérant 32 de la directive 2001/29.
- 39 En effet, la cohérence dans la mise en œuvre de ces exceptions, qui se recoupent en partie, ne pourrait être assurée si les États membres étaient libres de déterminer la façon dont il convient de fixer la compensation équitable pour les reproductions effectuées dans les mêmes conditions, en fonction de la seule circonstance qu'ils ont choisi de prévoir soit uniquement l'une ou l'autre de ces exceptions, soit l'une et l'autre, simultanément ou successivement.
- 40 Sur la base de ces éléments, il convient d'examiner s'il y a lieu d'établir une différence, s'agissant de la compensation équitable, dans l'application de l'exception de reprographie entre les reproductions effectuées pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales par les personnes physiques et celles effectuées par d'autres utilisateurs et/ou à d'autres fins.
- 41 À cet égard, au vu de la jurisprudence rappelée au point 36 du présent arrêt, la situation dans laquelle des reproductions sont effectuées, dans le cadre de l'exception de reprographie, par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales n'est pas comparable, au regard de la compensation équitable, à la situation dans laquelle des reproductions qui, tout en étant effectuées dans ce même cadre de l'exception de reprographie, le sont soit par un utilisateur autre qu'une personne physique, soit par une personne physique mais pour un usage autre que privé ou à des fins directement ou indirectement commerciales, dès lors que les préjudices subis respectivement par les titulaires de droits dans l'une et l'autre de ces situations ne sont, en règle générale, pas identiques.
- 42 Par conséquent, il y a lieu d'établir une différence, dans le cadre de l'exception de reprographie, s'agissant de la compensation équitable, entre, d'une part, la réalisation de reproductions effectuées par des personnes physiques pour leur usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales et, d'autre part, la réalisation de reproductions effectuées par des personnes physiques mais pour un usage autre que privé ou à des fins directement ou indirectement commerciales ainsi

que la réalisation de reproductions effectuées par les autres catégories d'utilisateurs.

- 43 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent être interprétés en ce sens que, concernant les termes «compensation équitable» qui y figurent, il y a lieu d'établir une différence selon que la reproduction effectuée sur papier ou sur un support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires l'est par tout utilisateur ou qu'elle l'est par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales.

Sur la troisième question

- 44 Par sa troisième question, qu'il convient de traiter en deuxième lieu, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui autorise l'État membre à attribuer une partie de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits aux éditeurs des œuvres créées par les auteurs, sans aucune obligation pour ces éditeurs de faire bénéficier, même indirectement, ces auteurs de la partie de la compensation dont ils sont privés.

- 45 Il convient de relever d'emblée qu'il ressort de la formulation ainsi retenue par la juridiction de renvoi que sa question se réfère à l'hypothèse dans laquelle la compensation versée aux éditeurs ampute à due concurrence celle devant normalement revenir aux titulaires du droit de reproduction en vertu de la directive 2001/29.

- 46 Aux termes de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci, la faculté pour les États membres de prévoir les exceptions visées à ces dispositions est subordonnée à l'obligation pour ces États d'assurer aux titulaires du droit de reproduction la perception d'une compensation équitable.

- 47 Or, les éditeurs ne figurent pas au nombre des titulaires du droit de reproduction tel que prévu à l'article 2 de la directive 2001/29.

- 48 Dès lors, d'une part, que la compensation équitable, qui est due au titre de l'exception de reprographie ainsi que de l'exception de copie privée, est destinée, ainsi qu'il ressort du point 36 du présent arrêt, à réparer le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de la reproduction de leurs œuvres sans leur autorisation et, d'autre part, que les éditeurs ne sont pas des titulaires du droit exclusif de reproduction au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, ces derniers ne subissent aucun préjudice au sens de ces deux exceptions. Ils ne sauraient donc bénéficier d'une compensation au titre desdites exceptions lorsqu'un tel bénéfice aurait pour conséquence de priver les titulaires du droit de reproduction de tout ou partie de la compensation équitable à laquelle ils ont droit au titre de ces mêmes exceptions.

- 49 Il découle de ce qui précède qu'il y a lieu de répondre à la troisième question que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui autorise l'État membre à attribuer une partie de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits aux éditeurs des œuvres créées par les auteurs, sans obligation pour ces éditeurs de faire bénéficier, même indirectement, ces auteurs de la partie de la compensation dont ils sont privés.

Sur la quatrième question

- 50 Par sa quatrième question, qu'il convient de traiter en troisième lieu, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, instituant un système indifférencié de perception de la compensation équitable couvrant également les reproductions de partitions ainsi que les reproductions contrefaites réalisées à partir d'une source illicite.
- 51 S'agissant, tout d'abord, des partitions, il découle explicitement du libellé de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 que les partitions sont exclues du champ d'application de l'exception de reprographie. Elles ne sauraient, dès lors, être prises en compte dans le calcul de la compensation équitable dans le cadre de cette exception, y compris dans le cas où la reproduction de partitions serait réalisée par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales.
- 52 Compte tenu de la constatation faite au point 33 du présent arrêt, la même conclusion s'impose, en principe, en ce qui concerne l'exception de copie privée. S'il en allait différemment, l'application conjointe ou parallèle de l'exception de copie privée et de l'exception de reprographie par les États membres risquerait d'être incohérente, en méconnaissance de l'exigence visée à la dernière phrase du considérant 32 de la directive 2001/29.
- 53 En effet, dans le cas où la reproduction de partitions serait autorisée dans le cadre de l'une de ces exceptions et prohibée dans le cadre de l'autre, la situation juridique dans l'État membre concerné serait contradictoire et permettrait de contourner l'interdiction d'autoriser la reproduction de partitions.
- 54 Dans ces conditions, l'exclusion des partitions énoncée à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 doit être comprise comme visant non pas simplement à limiter la portée de l'exception de reprographie, mais également à instaurer un régime spécial pour ce type d'objets protégés, prohibant, en principe, la reproduction de ceux-ci sans l'autorisation des titulaires de droits.
- 55 Il en découle que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent, en principe, à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, instituant un système indifférencié de perception de la compensation équitable couvrant également les copies de partitions.
- 56 Cela étant, compte tenu de la dernière phrase du considérant 35 de la directive 2001/29, il ne saurait être exclu que, dans certains cas limités et isolés, la reproduction non autorisée de partitions effectuée dans le cadre de l'exception de copie privée puisse, dans le cas où le préjudice que cette reproduction est susceptible de causer aux titulaires de droits est minime, être regardée comme compatible avec le régime spécial évoqué au point 54 du présent arrêt.
- 57 Concernant, ensuite, les reproductions contrefaites, la Cour a déjà jugé que l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne couvre pas l'hypothèse de copies privées réalisées à partir d'une source illicite (arrêt *ACI Adam e.a.*, C-435/12, EU:C:2014:254, point 41).
- 58 En effet, selon la Cour, si l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 doit être entendu en ce sens que l'exception de copie privée interdit, certes, aux titulaires du droit d'auteur de se prévaloir de leur droit exclusif d'autoriser ou d'interdire des reproductions à l'égard des personnes qui réalisent des copies privées de leurs œuvres, cette disposition ne saurait toutefois être entendue comme imposant, au-delà de cette restriction prévue explicitement, aux titulaires du droit d'auteur

qu'ils tolèrent des violations de leurs droits pouvant accompagner la réalisation de copies privées (voir arrêt ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, point 31).

- 59 La Cour a également relevé qu'il ressort du considérant 22 de la directive 2001/29 qu'une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées (arrêt ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, point 36) et que, lors de son application, une législation nationale, qui ne distingue pas selon que la source à partir de laquelle une reproduction pour un usage privé est réalisée est licite ou illicite, est susceptible d'enfreindre certaines conditions fixées par l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29 (arrêt ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, point 38).
- 60 D'une part, admettre que de telles reproductions puissent être réalisées à partir d'une source illicite encouragerait la circulation des œuvres contrefaites ou piratées, diminuant ainsi nécessairement le volume des ventes ou d'autres transactions légales relatives aux œuvres protégées, de sorte qu'il serait porté atteinte à l'exploitation normale de celles-ci (arrêt ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, point 39).
- 61 D'autre part, cela serait susceptible d'entraîner, eu égard à la constatation faite au point précédent du présent arrêt, un préjudice injustifié aux titulaires du droit d'auteur (arrêt ACI Adam e.a., C-435/12, EU:C:2014:254, point 40).
- 62 Ces arguments, auxquels la Cour a eu recours dans le contexte de l'exception de copie privée sont, eu égard à leur nature, pleinement transposables à l'exception de reprographie. Par conséquent, la jurisprudence évoquée aux points 58 à 61 du présent arrêt doit être considérée comme pertinente dans le cadre de l'interprétation de cette dernière exception.
- 63 Une telle interprétation de l'exception de reprographie est corroborée par le fait que l'exception de copie privée concerne des reproductions effectuées sur «tout support», qu'il s'agisse de papier ou de tout support similaire, au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires. Or, la mise en œuvre de ces deux exceptions par les États membres risquerait d'être incohérente, en méconnaissance de l'exigence qui découle de la dernière phrase du considérant 32 de la directive 2001/29, si l'exception de reprographie était réputée couvrir, contrairement à l'exception de copie privée, les reproductions contrefaites.
- 64 Il convient donc de répondre à la quatrième question en ce sens que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent, en principe, à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, instituant un système indifférencié de perception de la compensation équitable couvrant également les reproductions de partitions et qu'ils s'opposent à une telle législation, instituant un système indifférencié de perception de la compensation équitable couvrant également les reproductions contrefaites réalisées à partir de sources illicites.

Sur la deuxième question

- 65 Par sa deuxième question, qu'il convient de traiter en dernier lieu, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui combine, pour le financement de la compensation équitable accordée aux titulaires de droits, deux formes de rémunération, à savoir, d'une part, une rémunération forfaitaire versée en amont de l'opération de reproduction par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire d'appareils permettant la reproduction des œuvres protégées, à l'occasion de la mise en circulation

de ces appareils sur le territoire national, et dont le montant est uniquement calculé en fonction de la vitesse à laquelle ils sont susceptibles de réaliser les reproductions, et, d'autre part, une rémunération proportionnelle, perçue en aval de l'opération de reproduction, déterminée uniquement par un prix unitaire multiplié par le nombre de reproductions réalisées, qui varie en outre selon que le débiteur a coopéré ou non à la perception de cette rémunération, laquelle est en principe à la charge des personnes physiques ou morales qui réalisent des reproductions d'œuvres.

- 66 Le système en cause au principal se présente comme un système combiné de rémunérations comportant, aux fins du financement de la compensation équitable, à la fois une rémunération fixée en amont de l'opération de reproduction, en fonction de la vitesse à laquelle l'appareil réalise techniquement les reproductions, et une rémunération fixée en aval de l'opération de reproduction, en fonction du nombre de reproductions réalisées.
- 67 En premier lieu, s'agissant de la rémunération fixée en amont, la juridiction de renvoi se demande, notamment, si la vitesse maximale à laquelle un appareil réalise des reproductions constitue un critère pertinent pour la fixation de la redevance dont doivent s'acquitter les fabricants, les importateurs ou les acquéreurs intracommunautaires d'appareils permettant la reproduction d'œuvres protégées, lors de la mise en circulation de ces appareils sur le territoire national.
- 68 À cet égard, il convient d'emblée de rappeler, ainsi qu'il a été évoqué aux points 36 et 37 du présent arrêt, que, d'une part, la compensation équitable a pour objet d'indemniser de manière adéquate les titulaires de droits d'auteur pour la reproduction faite, sans leur autorisation, d'œuvres protégées. Elle doit, dès lors, être regardée comme la contrepartie du préjudice subi par ces titulaires et résultant de l'acte de reproduction. D'autre part, la jurisprudence de la Cour, concernant le critère du préjudice, doit s'appliquer dans le cadre tant de l'exception de copie privée que de l'exception de reprographie.
- 69 Il en résulte, d'un côté, que la compensation équitable est, en principe, destinée à compenser le préjudice subi en raison des reproductions effectivement réalisées (ci-après le «critère du préjudice effectif») et, de l'autre côté, qu'il incombe, en principe, aux personnes qui ont effectué les reproductions de réparer le préjudice lié à celles-ci, en finançant la compensation qui sera versée au titulaire de droits (voir arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, point 45).
- 70 Cela étant, la Cour a admis que, compte tenu des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs ainsi que pour les obliger à indemniser les titulaires des droits du préjudice qu'ils leur causent, il est loisible aux États membres d'instaurer une redevance à la charge non pas des utilisateurs concernés, mais des personnes qui disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à la disposition de ceux-ci ou rendent à ces derniers un service de reproduction et qui peuvent répercuter le coût de la redevance sur les utilisateurs (voir, en ce sens, arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, points 46 et 48).
- 71 Il est entendu que le montant d'une telle redevance fixée en amont ne peut être fixé sur la base du critère du préjudice effectif, l'ampleur de celui-ci demeurant, au stade de la mise en circulation des appareils concernés sur le territoire national, inconnue. Cette redevance doit, dès lors, être nécessairement conçue de manière forfaitaire.
- 72 À cet égard, les personnes à la disposition desquelles sont mis de tels appareils sont légitimement présumées bénéficier intégralement de cette mise à disposition, c'est-à-dire qu'elles sont censées exploiter la plénitude des fonctions associées auxdits appareils, y compris celle de reproduction. Il s'ensuit que la simple capacité de ces mêmes appareils à produire des reproductions suffit à justifier

l'application de la redevance aux personnes concernées (voir, en ce sens, arrêt Padawan, C-467/08, EU:C:2010:620, points 55 et 56).

- 73 En revanche, il ne saurait être déduit de la jurisprudence citée au point précédent du présent arrêt que toutes les personnes à la disposition desquelles sont mis ces appareils sont censées exploiter entièrement la capacité technique de reproduction de ceux-ci, cette capacité correspondant au nombre maximal de reproductions réalisables techniquement dans une limite de temps donnée.
- 74 En effet, il est constant que les différentes catégories d'acquéreurs ou d'utilisateurs n'ayant pas les mêmes besoins et n'étant pas soumises aux mêmes limites telles que celles prévues à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29, elles n'exploitent la capacité technique d'un appareil donné que dans la mesure de ces besoins et de ces limites.
- 75 Notamment, l'exploitation de la capacité technique des appareils de reproduction diffère selon que la personne concernée effectue des reproductions pour un usage public ou pour un usage privé, à des fins commerciales ou à d'autres fins.
- 76 Une rémunération dont le montant est fixé de manière forfaitaire et dont le paiement incombe aux personnes qui mettent des appareils à la disposition des personnes physiques et morales pour effectuer des reproductions doit, en principe, tenir compte de cette différence, étant donné que l'évaluation du préjudice est susceptible d'aboutir à des résultats considérablement différents en fonction des situations évoquées au point précédent du présent arrêt.
- 77 Il découle de ce qui précède que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de cette directive s'opposent à une rémunération forfaitaire, telle que celle en cause au principal, versée en amont de l'opération de reproduction par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire lors de la mise en circulation d'un appareil sur le territoire national, dans le cas où le montant de cette rémunération est fixé uniquement en fonction de la vitesse à laquelle cet appareil est techniquement en capacité d'effectuer des reproductions.
- 78 En deuxième lieu, s'agissant de la rémunération perçue en aval, la juridiction de renvoi se demande en substance si le droit de l'Union autorise un État membre à faire varier le montant de la redevance que doivent payer les personnes physiques ou morales qui réalisent des reproductions d'œuvres en fonction de la circonstance que ces personnes coopèrent ou non à la perception de la redevance.
- 79 À cet égard, ainsi qu'il a été rappelé au point 36 du présent arrêt, la compensation équitable vise à compenser le préjudice causé aux titulaires de droits. Or le préjudice causé à l'auteur demeure identique que le débiteur coopère ou non à la perception d'une telle redevance.
- 80 Le fait de coopérer ou non ne saurait dès lors constituer un critère adéquat pour faire varier le montant de la redevance destinée à financer, en aval, la compensation équitable.
- 81 En troisième et dernier lieu, il convient d'examiner si l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale instaurant un système combiné qui comporte cumulativement une rémunération forfaitaire versée en amont et une rémunération proportionnelle fixée en aval.
- 82 À cet égard, il découle implicitement de la jurisprudence rappelée au point 69 du présent arrêt que l'instauration d'une redevance fixée en amont de la réalisation des reproductions ne saurait, en principe, être autorisée qu'à titre subsidiaire, en cas d'impossibilité d'identifier les utilisateurs et, par voie de conséquence, d'évaluer le préjudice effectif subi par les titulaires de droits.
- 83 Néanmoins, eu égard à la faculté laissée aux États membres de déterminer les modalités de

financement et de perception de la compensation équitable ainsi que le niveau de cette compensation, un système combinant une rémunération forfaitaire fixée en amont et une rémunération proportionnelle fixée en aval ne saurait a priori être considéré comme incompatible avec l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci.

- 84 Cela étant, un tel système doit permettre, dans son ensemble, la perception d'une redevance au titre de la compensation équitable dont le montant corresponde, en substance, au préjudice effectif subi par les titulaires de droit, étant entendu qu'un État membre qui choisirait d'instaurer une forme de rémunération fixée en aval, dont le montant serait fonction du nombre de reproductions réalisées, ne semblerait pas exposé aux difficultés pratiques d'identification et d'évaluation évoquées au point 82 du présent arrêt.
- 85 Afin de pouvoir satisfaire à la condition mentionnée au point précédent du présent arrêt, un système combinant une rémunération forfaitaire fixée en amont et une rémunération proportionnelle fixée en aval, tel que celui en cause au principal, doit comporter des mécanismes, notamment de remboursement, destinés à corriger toute situation de «surcompensation» au détriment de telle ou telle catégorie d'utilisateurs (voir, par analogie, arrêt *Amazon.com International Sales e.a.*, C-521/11, EU:C:2013:515, points 30 et 31).
- 86 En effet, une telle «surcompensation» ne serait pas compatible avec l'exigence, énoncée au considérant 31 de la directive 2001/29, selon laquelle il convient de maintenir un juste équilibre entre les titulaires de droit et les utilisateurs d'objets protégés.
- 87 En particulier, un tel système combiné de rémunération doit être pourvu de mécanismes, notamment de remboursement, qui permettent l'application complémentaire des critères du préjudice effectif et du préjudice établi de manière forfaitaire.
- 88 Il découle des considérations qui précèdent que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, instaurant un système qui combine, pour le financement de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits, deux formes de rémunération, à savoir, d'une part, une rémunération forfaitaire versée en amont de l'opération de reproduction par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire d'appareils permettant la reproduction des œuvres protégées, à l'occasion de la mise en circulation de ces appareils sur le territoire national, et, d'autre part, une rémunération proportionnelle versée en aval de cette opération de reproduction, déterminée uniquement par un prix unitaire multiplié par le nombre de reproductions réalisées, à la charge des personnes physiques ou morales qui réalisent ces reproductions, pour autant que:
- la rémunération forfaitaire versée en amont est uniquement calculée en fonction de la vitesse avec laquelle l'appareil concerné est susceptible de réaliser les reproductions;
 - la rémunération proportionnelle perçue en aval varie selon que le débiteur a coopéré ou non à la perception de cette rémunération;
 - le système combiné dans son ensemble n'est pas pourvu de mécanismes, notamment de remboursement, qui permettent l'application complémentaire des critères du préjudice effectif et du préjudice établi de manière forfaitaire à l'égard des différentes catégories d'utilisateurs.

Sur les dépens

89 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit:

- 1) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci doivent être interprétés en ce sens que, concernant les termes «compensation équitable» qui y figurent, il y a lieu d'établir une différence selon que la reproduction effectuée sur papier ou sur un support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires l'est par tout utilisateur ou qu'elle l'est par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales.
- 2) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui autorise l'État membre à attribuer une partie de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits aux éditeurs des œuvres créées par les auteurs, sans obligation pour ces éditeurs de faire bénéficier, même indirectement, ces auteurs de la partie de la compensation dont ils sont privés.
- 3) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent, en principe, à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, instituant un système indifférencié de perception de la compensation équitable couvrant également les reproductions de partitions, et ils s'opposent à une telle législation, instituant un système indifférencié de perception de la compensation équitable couvrant également les reproductions contrefaites réalisées à partir de sources illicites.
- 4) L'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29 et l'article 5, paragraphe 2, sous b), de celle-ci s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, instaurant un système qui combine, pour le financement de la compensation équitable revenant aux titulaires de droits, deux formes de rémunération, à savoir, d'une part, une rémunération forfaitaire versée en amont de l'opération de reproduction par le fabricant, l'importateur ou l'acquéreur intracommunautaire d'appareils permettant la reproduction des œuvres protégées, à l'occasion de la mise en circulation de ces appareils sur le territoire national, et, d'autre part, une rémunération proportionnelle versée en aval de cette opération de reproduction, déterminée uniquement par un prix unitaire multiplié par le nombre de reproductions réalisées, à la charge des personnes physiques ou morales qui réalisent ces reproductions, pour autant que:
 - la rémunération forfaitaire versée en amont est uniquement calculée en fonction de la vitesse avec laquelle l'appareil concerné est susceptible de réaliser les reproductions;
 - la rémunération proportionnelle perçue en aval varie selon que le débiteur a coopéré ou non à la perception de cette rémunération;

- le système combiné dans son ensemble n'est pas pourvu de mécanismes, notamment de remboursement, qui permettent l'application complémentaire des critères du préjudice effectif et du préjudice établi de manière forfaitaire à l'égard des différentes catégories d'utilisateurs.

Signatures

* Langue de procédure: le français.

Annexe 7 : Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne, 8 septembre 2016, affaire C-160/15, GS Media BV contre Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt geertruida Dekker

ARRÊT DE LA COUR (deuxième chambre)

8 septembre 2016 (*)

« Renvoi préjudiciel – Droit d’auteur et droits voisins – Directive 2001/29/CE – Société de l’information – Harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins – Article 3, paragraphe 1 – Communication au public – Notion – Internet – Liens hypertexte donnant accès à des œuvres protégées, rendues accessibles sur un autre site Internet sans l’autorisation du titulaire – Œuvres non encore publiées par le titulaire – Placement de tels liens à des fins lucratives »

Dans l’affaire C-160/15,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l’article 267 TFUE, introduite par le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas), par décision du 3 avril 2015, parvenue à la Cour le 7 avril 2015, dans la procédure

GS Media BV

contre

Sanoma Media Netherlands BV,

Playboy Enterprises International Inc.,

Britt Geertruida Dekker,

LA COUR (deuxième chambre),

composée de M. M. Ilešič (rapporteur), président de chambre, M^{me} C. Toader, M. A. Rosas, M^{me} A. Prechal et M. E. Jarašiūnas, juges,

avocat général : M. M. Wathelet,

greffier : M^{me} M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l’audience du 3 février 2016,

considérant les observations présentées :

- pour GS Media BV, par M^{es} R. Chavannes et D. Verhulst, advocaten,
- pour Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. et M^{me} Dekker, par M^{es} C. Alberdingk Thijm et C. de Vries, advocaten,
- pour le gouvernement allemand, par M. T. Henze et M^{me} D. Kuon, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement français, par MM. D. Segoin, D. Colas et G. de Bergues, en qualité d’agents,
- pour le gouvernement portugais, par MM. L. Inez Fernandes et T. Rendas, en qualité d’agents,

- pour le gouvernement slovaque, par M^{me} B. Ricziová, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par MM. F. Wilman et T. Scharf ainsi que par M^{me} J. Samnadda, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 7 avril 2016,

rend le présent

Arrêt

- 1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO 2001, L 167, p. 10).
- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant GS Media BV à Sanoma Media Netherlands BV (ci-après « Sanoma »), Playboy Enterprises International Inc. et M^{me} Britt Geertruida Dekker (ci-après, ensemble, « Sanoma e.a. »), au sujet notamment du placement, sur le site Internet GeenStijl.nl (ci-après le « site GeenStijl »), exploité par GS Media, de liens hypertexte vers d'autres sites permettant de consulter des photos représentant M^{me} Dekker, réalisées pour le magazine *Playboy* (ci-après les « photos en cause »).

Le cadre juridique

- 3 Les considérants 3, 4, 9, 10, 23 et 31 de la directive 2001/29 énoncent :
 - « (3) L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété, dont la propriété intellectuelle, et de la liberté d'expression et de l'intérêt général.
 - (4) Un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et en assurant dans le même temps un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et novatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux, et favorisera ainsi la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels. [...]

[...]

 - (9) Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé, car ces droits sont essentiels à la création intellectuelle. Leur protection contribue au maintien et au développement de la créativité dans l'intérêt des auteurs, des interprètes ou exécutants, des producteurs, des consommateurs, de la culture, des entreprises et du public en général. [...]
 - (10) Les auteurs ou les interprètes ou exécutants, pour pouvoir poursuivre leur travail créatif et artistique, doivent obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, de même que les producteurs pour pouvoir financer ce travail. [...] Une protection juridique appropriée des droits de propriété intellectuelle est nécessaire pour garantir une telle

rémunération et permettre un rendement satisfaisant de l'investissement.

[...]

(23) La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. [...]

[...]

(31) Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. [...] »

4 L'article 3 de cette directive dispose :

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

[...]

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

5 Selon l'article 5, paragraphes 3 et 5, de ladite directive :

« 3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants :

[...]

c) lorsqu'il s'agit de la reproduction par la presse, de la communication au public ou de la mise à disposition d'articles publiés sur des thèmes d'actualité à caractère économique, politique ou religieux ou d'œuvres radiodiffusées ou d'autres objets protégés présentant le même caractère, dans les cas où cette utilisation n'est pas expressément réservée et pour autant que la source, y compris le nom de l'auteur, soit indiquée, ou lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'œuvres ou d'autres objets protégés afin de rendre compte d'événements d'actualité, dans la mesure justifiée par le but d'information poursuivi et sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur ;

[...]

5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »

Le litige au principal et les questions préjudicielles

6 Sur commande de Sanoma, qui est l'éditeur du magazine *Playboy*, le photographe M. C. Hermès a réalisé, les 13 et 14 octobre 2011, les photos en cause, qui devaient paraître dans l'édition du mois

de décembre 2011 de ce magazine. Dans ce cadre, M. Hermès a accordé à Sanoma l'autorisation, à titre exclusif, d'y publier ces photos. Il a également accordé à Sanoma l'autorisation d'exercer les droits et pouvoirs résultant de son droit d'auteur.

- 7 GS Media exploite le site GeenStijl, sur lequel figurent, selon les informations données par ce site, « des nouveautés, révélations scandaleuses et enquêtes journalistiques sur des sujets amusants et sur un ton de joyeuse plaisanterie » et qui est consulté chaque jour par plus de 230 000 visiteurs, ce qui en fait l'un des dix sites les plus fréquentés dans le domaine des actualités aux Pays-Bas.
- 8 Le 26 octobre 2011, la rédaction du site GeenStijl a reçu un message de la part d'une personne utilisant un pseudonyme, qui comportait un lien hypertexte renvoyant à un fichier électronique hébergé sur le site Internet Filefactory.com (ci-après le « site Filefactory »), situé en Australie et dédié au stockage de données. Ce fichier électronique contenait les photos en cause.
- 9 Sanoma a sommé, le même jour, la société mère de GS Media d'empêcher que les photos en cause soient diffusées sur le site GeenStijl.
- 10 Le 27 octobre 2011, un article relatif à ces photos de M^{me} Dekker, intitulé « [...]! Photos de [...] [M^{me}] Dekker nue », a été publié sur le site GeenStijl, en marge duquel figurait une partie de l'une des photos en cause et qui se terminait par le texte « Et maintenant le lien avec les photos que vous attendiez. ». Au moyen d'un clic sur un lien hypertexte accompagnant ce texte, les internautes étaient dirigés vers le site Filefactory, sur lequel un autre lien hypertexte leur permettait de télécharger onze fichiers électroniques contenant chacun une desdites photos.
- 11 Le même jour, Sanoma a adressé à la société mère de GS Media un courriel la sommant de confirmer que le lien hypertexte vers les photos en cause avait été retiré du site GeenStijl. GS Media n'a donné aucune suite à cette sommation.
- 12 En revanche, sur demande de Sanoma, les photos en cause figurant sur le site Filefactory ont été supprimées.
- 13 Par lettre du 7 novembre 2011, le conseil de Sanoma e.a. a mis GS Media en demeure de retirer du site GeenStijl l'article du 27 octobre 2011, en ce compris le lien hypertexte, les photos que celui-ci contenait ainsi que les réactions des internautes publiées sur la même page de ce site.
- 14 Le même jour, un article concernant le litige opposant GS Media et Sanoma e.a. à propos des photos en cause a été publié sur le site GeenStijl. Cet article se terminait par la phrase « Mise à jour : vous n'avez pas encore vu les photos de [M^{me} Dekker] nue? Elles sont ICI ». Cette annonce était, une fois encore, accompagnée d'un lien hypertexte permettant d'accéder au site Internet Imageshack.us, sur lequel une ou plusieurs des photos en cause étaient visibles. Le gestionnaire de ce site Internet a cependant lui aussi accédé par la suite à la demande de Sanoma de supprimer ces photos.
- 15 Un troisième article, intitulé « Bye Bye, adieu Playboy », contenant une nouvelle fois un lien hypertexte vers les photos en cause, est paru le 17 novembre 2011 sur le site GeenStijl. Les internautes visitant le forum de ce site Internet y ont ensuite placé de nouveaux liens renvoyant à d'autres sites où les photos en cause étaient visibles.
- 16 Au mois de décembre 2011, les photos en cause ont été publiées dans le magazine *Playboy*.
- 17 Sanoma e.a. ont introduit un recours devant le rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam, Pays-Bas), en faisant notamment valoir que, en plaçant des liens hypertexte et une vue partielle de l'une des photos en cause sur le site GeenStijl, GS Media a porté atteinte au droit d'auteur de M.

- Hermès et a agi de manière illégale à l'égard de Sanoma e.a. Le rechtbank Amsterdam (tribunal d'Amsterdam) a, dans une large mesure, fait droit à ce recours.
- 18 Le Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam, Pays-Bas) a annulé cette décision, estimant que, en plaçant les liens hypertexte sur le site GeenStijl, GS Media n'a pas porté atteinte au droit d'auteur de M. Hermès, dès lors que les photos en cause avaient déjà été rendues publiques auparavant par leur mise en ligne sur le site Filefactory. En revanche, il a jugé que, en plaçant ces liens, GS Media a agi de manière illégale à l'égard de Sanoma e.a., étant donné que les visiteurs de ce site ont ainsi été incités à prendre connaissance des photos en cause, placées illégalement sur le site Filefactory. Or, en l'absence desdits liens, ces photos n'auraient pas été faciles à trouver. En outre, le Gerechtshof Amsterdam (cour d'appel d'Amsterdam) a considéré que, en publiant une vue partielle de l'une des photos en cause sur le site GeenStijl, GS Media a porté atteinte au droit d'auteur de M. Hermès.
 - 19 GS Media a introduit un pourvoi devant la juridiction de renvoi, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) contre cet arrêt.
 - 20 Sanoma e.a. ont formé un pourvoi incident, dans le cadre duquel ils se réfèrent notamment à l'arrêt du 13 février 2014 Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), en faisant valoir que le fait de mettre à disposition des internautes un lien hypertexte vers un site Internet sur lequel une œuvre a été placée sans l'accord du titulaire du droit d'auteur de celle-ci constitue une communication au public. Sanoma e.a. soutiennent, en outre, que l'accès aux photos en cause sur le site Filefactory était protégé par des mesures de restriction, au sens dudit arrêt, que les internautes pouvaient contourner grâce à l'intervention de GS Media et de son site GeenStijl, de sorte que ces photos ont été mises à la disposition d'un public plus large que celui qui aurait normalement accédé auxdites photos sur le site Filefactory.
 - 21 Dans le cadre de l'examen de ce pourvoi incident, la juridiction de renvoi considère qu'il n'est possible de déduire avec une certitude suffisante ni de l'arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76) ni de l'ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315) s'il y a « communication au public » lorsque l'œuvre a effectivement été publiée auparavant, mais sans l'accord du titulaire des droits d'auteur.
 - 22 D'une part, il résulterait de cette jurisprudence de la Cour qu'il faut vérifier si l'intervention en cause permet d'atteindre un public qui ne peut pas être considéré comme compris dans le public pour lequel le titulaire avait donné son accord, ce qui serait compatible avec son droit exclusif d'exploiter son œuvre. D'autre part, lorsque l'œuvre est déjà disponible sur Internet pour le public général, placer un lien hypertexte qui renvoie au site où elle se trouve déjà ne permettrait pas, en réalité, de toucher un public nouveau. Il faudrait, en outre, tenir compte du fait qu'Internet regorge d'œuvres publiées sans l'accord du titulaire du droit d'auteur. Pour l'exploitant d'un site Internet, il ne serait pas toujours simple de vérifier, lorsqu'il a l'intention de placer sur celui-ci un lien hypertexte renvoyant à un site sur lequel figure une œuvre, si l'auteur a donné son accord à sa publication antérieure.
 - 23 La juridiction de renvoi observe, par ailleurs, que le pourvoi incident soulève également la question des conditions qui doivent être réunies pour qu'il s'agisse de « mesures de restriction », au sens de l'arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76). Cette juridiction relève, à cet égard, que les photos en cause n'étaient pas introuvables sur Internet avant que GS Media ne place le lien hypertexte sur le site GeenStijl, sans y être pour autant faciles à trouver, de sorte que le fait d'avoir placé ce lien sur son site a grandement facilité l'accès à ces photos.
 - 24 Dans ces conditions, le Hoge Raad der Nederlanden (Cour suprême des Pays-Bas) a décidé de

surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

- « 1) a) Le fait, pour une personne autre que le titulaire du droit d'auteur, de renvoyer, en plaçant un lien hypertexte sur un site Internet qu'elle exploite, à un autre site Internet exploité par un tiers accessible à l'ensemble des internautes sur lequel l'œuvre est mise à la disposition du public sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est-il une "communication au public", au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ?
- b) Le point de savoir si l'œuvre n'a pas déjà été mise d'une autre manière auparavant à la disposition du public avec l'accord du titulaire du droit d'auteur a-t-il une incidence sur la réponse à la question précédente ?
- c) Le point de savoir si celui qui place le lien hypertexte sait ou devrait savoir que le titulaire du droit d'auteur n'a pas autorisé le placement de l'œuvre sur le site Internet du tiers visé à la première question, sous a), et, le cas échéant, s'il savait ou devait savoir que l'œuvre n'avait pas non plus été mise par ailleurs à la disposition du public auparavant avec l'accord du titulaire du droit d'auteur est-il pertinent ?
- 2) a) En cas de réponse négative à la première question, sous a) : s'agit-il alors ou peut-il alors s'agir d'une communication au public lorsque le site Internet auquel renvoie le lien hypertexte et, partant, l'œuvre sont bel et bien accessibles aux internautes, mais pas de façon simple, de sorte que le fait de placer le lien hypertexte facilite largement la découverte de l'œuvre ?
- b) Le point de savoir si celui qui place le lien hypertexte sait ou devrait savoir que les internautes ne peuvent pas facilement trouver le site Internet auquel le lien hypertexte renvoie ou y avoir accès a-t-il une incidence sur la réponse à donner à la deuxième question, sous a) ?
- 3) Faut-il tenir compte d'autres circonstances pour répondre à la question de savoir s'il y a communication au public lorsqu'un lien hypertexte donnant accès à une œuvre qui n'a pas encore été mise à la disposition du public auparavant avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur est placé sur un site Internet ? »

Sur les questions préjudicielles

- 25 Par ses trois questions, qu'il y a lieu d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si, et dans quelles circonstances éventuelles, le fait de placer, sur un site Internet, un lien hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.
- 26 Dans ce contexte, elle s'interroge notamment sur la pertinence du fait que les œuvres en question n'ont pas encore été publiées d'une autre manière avec l'autorisation de ce titulaire, que la fourniture de ces liens hypertexte facilite largement la découverte de ces œuvres étant donné que le site Internet sur lequel celles-ci sont accessibles à l'ensemble des internautes n'est pas facilement trouvable, et que celui qui place lesdits liens connaissait ou devait connaître ces faits ainsi que la circonstance que ledit titulaire n'a pas autorisé la publication des œuvres en question sur ce dernier site.
- 27 Il découle de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 que les États membres sont tenus de

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

- 28 En vertu de cette disposition, les auteurs disposent ainsi d'un droit de nature préventive leur permettant de s'interposer entre d'éventuels utilisateurs de leur œuvre et la communication au public que ces utilisateurs pourraient envisager d'effectuer, et ce afin d'interdire celle-ci (voir, en ce sens, arrêts du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 75, et du 31 mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, point 30).
- 29 L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ne précisant pas la notion de « communication au public », il y a lieu de déterminer son sens et sa portée au regard des objectifs poursuivis par cette directive et au regard du contexte dans lequel la disposition interprétée s'insère (voir, en ce sens, arrêts du 7 décembre 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, points 33 et 34, ainsi que du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 184 et 185).
- 30 À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'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 d'ailleurs explicitement le considérant 23 de cette directive (voir, en ce sens, arrêts du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 186, ainsi que du 7 mars 2013, ITV Broadcasting e.a., C-607/11, EU:C:2013:147, point 20).
- 31 En même temps, 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.
- 32 Ainsi que la Cour l'a déjà jugé, la notion de « communication au public » associe deux éléments cumulatifs, à savoir un « acte de communication » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « public » (arrêts du 13 février 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, point 16 ; du 19 novembre 2015, SBS Belgium, C-325/14, EU:C:2015:764, point 15, ainsi que du 31 mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, point 37).
- 33 La Cour a, en outre, précisé que la notion de « communication au public » implique une appréciation individualisée [voir arrêt du 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, point 29 et jurisprudence citée, concernant la notion de « communication au public », au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO 2006, L 376, p. 28), celle-ci revêtant dans cette directive la même portée que dans la directive 2001/29 (voir, en ce sens, arrêt du 31 mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, point 33)].

- 34 Aux fins d'une telle appréciation, il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres. Ces critères pouvant, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable, il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres [arrêts du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 79 ; du 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, point 30, et du 31 mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, point 35].
- 35 Parmi ces critères, la Cour a, en premier lieu, souligné le 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 [voir, en ce sens, arrêts du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 82 et jurisprudence citée, ainsi que du 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, point 31].
- 36 En deuxième lieu, elle a précisé que la notion de « public » vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important [voir, en ce sens, arrêts du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 84 et jurisprudence citée, ainsi que du 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, point 33].
- 37 Par ailleurs, il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour que, pour être qualifiée de « communication au public », une œuvre protégée doit être communiquée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés ou, à défaut, auprès d'un « public nouveau », c'est-à-dire un public n'ayant pas été déjà pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale de leur œuvre au public (arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a., C-466/12, EU:C:2014:76, point 24, ainsi que ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater International, C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, point 14 et jurisprudence citée).
- 38 En troisième lieu, la Cour a jugé que le caractère lucratif d'une communication au public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, n'est pas dénué de pertinence [voir, en ce sens, arrêts du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 204 ; du 15 mars 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 88, ainsi que du 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, point 36].
- 39 C'est au regard, notamment, de ces critères qu'il convient d'apprécier si, dans une situation telle que celle en cause au principal, le fait de placer, sur un site Internet, un lien hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.
- 40 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans l'arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), la Cour a interprété l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 en ce sens que ne constitue pas une « communication au public », telle que visée à cette disposition, le placement sur un site Internet de liens hypertexte vers des œuvres librement disponibles sur un autre site Internet. Cette interprétation a également été retenue dans l'ordonnance du 21 octobre 2014, BestWater International (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315), à propos de tels liens utilisant la technique dite de la « transclusion » (*framing*).
- 41 Cependant, il résulte de la motivation de ces décisions que, par celles-ci, la Cour a entendu

s'exprimer uniquement sur le placement de liens hypertexte vers des œuvres qui ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet avec le consentement du titulaire, la Cour ayant conclu à l'absence d'une communication au public au motif que l'acte de communication en question n'était pas effectué auprès d'un public nouveau.

- 42 Dans ce contexte, elle a relevé que, étant donné que le lien hypertexte et le site Internet auquel il renvoie donnent accès à l'œuvre protégée selon le même mode technique, à savoir Internet, un tel lien doit être adressé à un public nouveau. Lorsque tel n'est pas le cas, notamment, en raison du fait que l'œuvre est déjà librement disponible pour l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur, ledit acte ne saurait être qualifié de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. En effet, dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder, il doit être considéré que, lorsque les titulaires du droit d'auteur de cette œuvre ont autorisé une telle communication, ceux-ci ont pris en compte l'ensemble des internautes comme public (voir, en ce sens, arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.*, EU:C:2014:76, points 24 à 28, ainsi que ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International*, C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, points 15, 16 et 18).
- 43 Partant, il ne saurait être déduit ni de l'arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76) ni de l'ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315) que le placement, sur un site Internet, de liens hypertexte vers des œuvres protégées qui ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet, mais sans l'autorisation des titulaires du droit d'auteur de ces œuvres, serait exclu, par principe, de la notion de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. Au contraire, ces décisions confirment l'importance d'une telle autorisation au regard de cette disposition, cette dernière prévoyant précisément que chaque acte de communication d'une œuvre au public doit être autorisé par le titulaire du droit d'auteur.
- 44 GS Media, les gouvernements allemand, portugais et slovaque ainsi que la Commission européenne font toutefois valoir que 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.
- 45 À cet égard, il convient de constater qu'Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, et que les liens hypertexte contribuent à son bon fonctionnement ainsi qu'à l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations.
- 46 En outre, il peut s'avérer difficile, notamment pour des particuliers qui souhaitent placer de tels liens, de vérifier si le site Internet, vers lequel ces derniers 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, sans que la personne ayant créé ledit lien en soit forcément consciente.
- 47 Aux fins de l'appréciation individualisée de l'existence d'une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, il convient ainsi, lorsque le placement d'un

lien hypertexte vers une œuvre librement disponible sur un autre site Internet est effectué par une personne qui, ce faisant, ne poursuit pas un but lucratif, de tenir compte de la circonstance que cette personne 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.

- 48 En effet, une telle personne, tout en mettant ladite œuvre à la disposition du public en offrant aux autres internautes un accès direct à celle-ci (voir, en ce sens, arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, points 18 à 23), 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. En outre, lorsque l'œuvre en question était déjà disponible sans aucune restriction d'accès sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder, l'ensemble des internautes pouvait, en principe, déjà avoir accès à celle-ci même en l'absence de cette intervention.
- 49 En revanche, lorsqu'il est établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte 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, il y a lieu de considérer que la fourniture de ce lien constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.
- 50 Il en est de même dans l'hypothèse où ce lien permet aux utilisateurs du site Internet sur lequel celui-ci se trouve de contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée afin d'en restreindre l'accès par le public à ses seuls abonnés, le placement d'un tel lien constituant alors une intervention délibérée sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées (voir, par analogie, arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, points 27 et 31).
- 51 Par ailleurs, 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, paragraphe 1, de la directive 2001/29.
- 52 Toutefois, à défaut de public nouveau, il n'y aura pas communication au « public » au sens de cette disposition dans l'hypothèse, rappelée aux points 40 à 42 du présent arrêt, dans laquelle les œuvres auxquelles lesdits liens hypertexte permettent d'accéder ont été rendues librement disponibles sur un autre site Internet avec le consentement du titulaire.
- 53 Une telle interprétation de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 assure le niveau élevé de protection en faveur des auteurs, recherché par cette directive. En effet, en vertu de celle-ci et dans les limites tracées par l'article 5, paragraphe 3, de ladite directive, les titulaires du droit d'auteur peuvent agir non seulement contre la publication initiale de leur œuvre sur un site Internet, mais également contre toute personne plaçant à des fins lucratives un lien hypertexte vers l'œuvre illégalement publiée sur ce site ainsi que, dans les conditions exposées aux points 49 et 50 du présent arrêt, contre des personnes ayant placé de tels liens sans poursuivre des fins lucratives. À cet égard, il y a notamment lieu de relever que ces titulaires ont en toute circonstance la possibilité d'informer de telles personnes du caractère illégal de la publication de leur œuvre sur Internet et d'agir contre celles-ci dans l'hypothèse où elles refusent d'enlever ce lien sans qu'elles puissent se

prévaloir de l'une des exceptions énumérées à cet article 5, paragraphe 3.

- 54 S'agissant de l'affaire au principal, il est constant que GS Media exploite le site GeenStijl et qu'elle a fourni les liens hypertexte vers les fichiers contenant les photos en cause, hébergés sur le site Filefactory, à des fins lucratives. Il est également constant que Sanoma n'avait pas autorisé la publication de ces photos sur Internet. En outre, il semble découler de la présentation des faits, telle qu'elle résulte de la décision de renvoi, que GS Media était consciente de cette dernière circonstance et qu'elle ne saurait donc renverser la présomption que le placement de ces liens est intervenu en pleine connaissance du caractère illégal de cette publication. Dans ces conditions, il apparaît que, sous réserve des vérifications à effectuer par la juridiction de renvoi, en plaçant ces liens, GS Media a réalisé une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, sans qu'il soit nécessaire d'apprécier dans ce contexte les autres circonstances invoquées par cette juridiction, citées au point 26 du présent arrêt.
- 55 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que, afin d'établir si le fait de placer, sur un site Internet, des liens hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public » au sens de cette disposition, il convient de déterminer si ces liens sont fournis sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de ces œuvres sur cet autre site Internet ou si, au contraire, lesdits liens sont fournis dans un tel but, hypothèse dans laquelle cette connaissance doit être présumée.

Sur les dépens

- 56 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit :

L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que, afin d'établir si le fait de placer, sur un site Internet, des liens hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public » au sens de cette disposition, il convient de déterminer si ces liens sont fournis sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de ces œuvres sur cet autre site Internet ou si, au contraire, lesdits liens sont fournis dans un tel but, hypothèse dans laquelle cette connaissance doit être présumée.

Signatures

Annexe 8 : Arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne, 26 mars 2017, affaire C-279/13, C More Entertainment AB contre Linus Sandberg

ARRÊT DE LA COUR (neuvième chambre)

26 mars 2015 (*)

«Renvoi préjudiciel – Rapprochement des législations – Droit d'auteur et droits voisins – Directive 2001/29/CE – Société de l'information – Harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins – Article 3, paragraphe 2 – Transmission en direct d'une rencontre sportive sur un site Internet»

Dans l'affaire C-279/13,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Högsta domstolen (Suède), par décision du 15 mai 2013, parvenue à la Cour le 22 mai 2013, dans la procédure

C More Entertainment AB

contre

Linus Sandberg,

LA COUR (neuvième chambre),

composée de M^{me} K. Jürimäe, président de chambre, M. J. Malenovský (rapporteur) et M^{me} A. Prechal, juges,

avocat général: M^{me} E. Sharpston,

greffier: M. A. Calot Escobar,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées:

- pour C More Entertainment AB, par M^{es} P. Bratt et S. Feinsilber, advokater,
- pour M. Sandberg, par M^e L. Häggström, advokat,
- pour le gouvernement finlandais, par M. S. Hartikainen, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M. J. Enegren et M^{me} J. Sannadda, en qualité d'agents,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de

certain aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167, p. 10).

- 2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant C More Entertainment AB (ci-après «C More Entertainment») à M. Sandberg au sujet de l'insertion par celui-ci, sur un site Internet, de liens cliquables grâce auxquels les internautes pouvaient accéder à la transmission en direct, sur un autre site, de matchs de hockey sur glace sans devoir verser la somme d'argent demandée par l'exploitant de cet autre site.

Le cadre juridique

La directive 2001/29

- 3 Les considérants 1, 7, 20, 23 et 25 de la directive 2001/29 énoncent:

«(1) Le traité [CE] prévoit l'établissement d'un marché intérieur et l'instauration d'un système propre à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur. L'harmonisation des dispositions législatives des États membres sur le droit d'auteur et les droits voisins contribue à la réalisation de ces objectifs.

[...]

(7) Le cadre législatif communautaire relatif à la protection du droit d'auteur et des droits voisins doit donc aussi être adapté et complété dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Il convient, à cet effet, d'adapter les dispositions nationales sur le droit d'auteur et les droits voisins qui varient sensiblement d'un État membre à l'autre ou qui entraînent une insécurité juridique entravant le bon fonctionnement du marché intérieur et le développement de la société de l'information en Europe et il importe d'éviter que les États membres réagissent en ordre dispersé aux évolutions technologiques. En revanche, il n'est pas nécessaire de supprimer ou de prévenir les disparités qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur.

[...]

(20) La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment [la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 346, p. 61), telle que modifiée par la directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993 (JO L 290, p. 9, ci-après la 'directive 92/100')]. Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement.

[...]

(23) La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte.

[...]

(25) L'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande, au moyen de réseaux, d'œuvres protégées par le droit d'auteur et d'objets relevant des droits voisins doit être supprimée par la mise en place d'une protection harmonisée au niveau communautaire. Il doit être clair que tous les titulaires de droits reconnus par la présente directive ont le droit exclusif de mettre à la disposition du public des œuvres protégées par le droit d'auteur ou tout autre objet protégé par voie de transmissions interactives à la demande. Ces transmissions sont caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.»

4 L'article 1^{er} de la directive 2001/29, intitulé «Champ d'application», dispose à son paragraphe 2:

«Sauf dans les cas visés à l'article 11, la présente directive laisse intactes et n'affecte en aucune façon les dispositions communautaires existantes concernant:

[...]

b) le droit de location, de prêt et certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle;

[...]»

5 L'article 3 de cette directive, intitulé «Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés», énonce:

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

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

[...]

d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.»

La directive 2006/115/CE

6 La directive 92/100, en vigueur lors de l'adoption de la directive 2001/29, a été abrogée et remplacée par la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 376, p. 28). La directive 2006/115 codifie et reprend, en termes analogues à ceux de la directive 92/100, les dispositions de cette dernière.

7 Aux termes du considérant 16 de la directive 2006/115:

«Les États membres devraient pouvoir prévoir, pour les titulaires de droits voisins du droit d'auteur, des dispositions plus protectrices que celles qui sont prévues par la présente directive en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public.»

- 8 L'article 8 de cette directive, intitulé «Radiodiffusion et communication au public», dispose à son paragraphe 3:
- «Les États membres prévoient pour les organismes de radiodiffusion le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques, ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée.»
- 9 L'article 12 de la directive 2006/115, intitulé «Relations entre droit d'auteur et droits voisins», énonce:
- «La protection des droits voisins du droit d'auteur par la présente directive n'affecte en aucune façon la protection du droit d'auteur.»

Le litige au principal et la question préjudicielle

- 10 C More Entertainment est une chaîne de télévision payante qui, entre autres, transmet en direct sur son site Internet, moyennant paiement, des matchs de hockey sur glace.
- 11 À l'automne 2007, C More Entertainment a transmis sur ledit site Internet plusieurs matchs de hockey sur glace, auxquels les personnes intéressées pouvaient avoir accès en payant la somme de 89 couronnes suédoises (SEK) (environ 9,70 euros) par match.
- 12 M. Sandberg a créé sur son site Internet des liens permettant de contourner le système de péage mis en place par C More Entertainment. Par l'intermédiaire de ces liens, les internautes ont pu ainsi accéder gratuitement aux transmissions de deux matchs de hockey effectués en direct par C More Entertainment les 20 octobre et 1^{er} novembre 2007.
- 13 Avant le premier de ces matchs, C More Entertainment a demandé, par téléphone, à M. Sandberg de retirer les liens que celui-ci avait placés sur son site, et ce sans succès. Après ce match, C More Entertainment a averti, par écrit, M. Sandberg de ce qu'elle estimait que l'insertion de ces liens avait porté atteinte à ses droits.
- 14 Lors de la transmission du second de ces matchs, C More Entertainment a mis en place un dispositif technique ayant eu pour effet d'empêcher tout accès à cette transmission par l'intermédiaire des liens créés par M. Sandberg.
- 15 M. Sandberg a été poursuivi devant le Hudiksvalls tingsrätt (tribunal de première instance de Hudiksvall) pour infraction à la loi (1960:729) relative au droit de la propriété littéraire et artistique [lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk]. Le 10 novembre 2010, l'intéressé a été reconnu coupable d'une violation des droits d'auteur dont C More Entertainment était, selon cette juridiction, titulaire et a été condamné au paiement d'amendes ainsi qu'au versement de dommages et intérêts à cette société.
- 16 M. Sandberg et C More Entertainment ont tous deux interjeté appel de ce jugement devant le Hovrätten för Nedre Norrland (cour d'appel du Norrland méridional).
- 17 Par une décision du 20 juin 2011, cette juridiction a estimé qu'aucune partie du travail des commentateurs, des caméramans et des réalisateurs des diffusions de matchs de hockey sur glace, considérée isolément ou conjointement, ne présentait l'originalité requise par la loi (1960:729) relative au droit de la propriété littéraire et artistique pour être protégée par le droit d'auteur. Par suite, elle a considéré que, au titre des transmissions en cause au principal, C More Entertainment

était titulaire non pas de droits d'auteur, mais de droits voisins, lesquels avaient été violés. Par conséquent, ladite juridiction a condamné M. Sandberg à des amendes, plus importantes qu'en première instance, mais a légèrement réduit l'indemnité allouée à C More Entertainment.

18 C More Entertainment a formé un pourvoi contre cet arrêt devant le Högsta domstolen (Cour suprême) en demandant qu'il soit reconnu qu'elle est titulaire de droits d'auteur et que le montant des dommages et intérêts lui étant dus soit revu à la hausse.

19 Cette juridiction a considéré qu'il ne ressort ni du libellé de la directive 2001/29 ni de la jurisprudence de la Cour que la mise en place d'un lien hypertexte sur un site Internet constitue un acte de communication au public. En outre, ladite juridiction a relevé que la législation nationale concernée prévoit des droits voisins plus étendus que ceux énoncés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29, car, à la différence de cette disposition, la protection conférée par le droit suédois ne se limite pas aux actes de mise à la disposition «à la demande». Dans ces conditions, le Högsta domstolen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour cinq questions préjudicielles.

20 Par une lettre du 26 mars 2014, le greffe de la Cour a transmis au Högsta domstolen une copie de l'arrêt *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), dans le cadre duquel plusieurs questions relatives au point de savoir si la mise en place, sur un site Internet, d'un lien cliquable peut être qualifiée d'acte de communication au public ont été examinées, en invitant cette juridiction à lui faire savoir si, compte tenu de l'intervention de cet arrêt, elle souhaitait maintenir sa demande de décision préjudicielle.

21 Par une décision du 20 octobre 2014, le Högsta domstolen a décidé de retirer les quatre premières questions préjudicielles posées et de ne maintenir que la cinquième question, laquelle est rédigée dans les termes suivants:

«Les États membres peuvent-ils reconnaître au[x] titulaire[s] de droits un droit exclusif plus étendu en prévoyant que la communication au public comprend davantage d'actes que ceux qui sont désignés à l'article 3, paragraphe 2, de la directive [2001/29]?»

Sur la question préjudicielle

22 Il ressort du dossier que le litige au principal concerne la fourniture, sur un site Internet, de liens permettant aux internautes d'accéder, sur le site d'un organisme de radiodiffusion, à des émissions transmettant en direct des matchs de hockey sur glace, sans devoir s'acquitter de la somme d'argent exigée par cet organisme pour y accéder. Dans ces conditions, il y a lieu de comprendre la question posée par la juridiction de renvoi comme portant, en substance, sur le point de savoir si l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale étendant le droit exclusif des organismes de radiodiffusion visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard d'actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet, tels que ceux en cause au principal.

23 À titre liminaire, il doit être relevé que, conformément à l'article 3, paragraphe 2, sous d), de la directive 2001/29, les États membres doivent accorder, aux organismes de radiodiffusion, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public des fixations de leurs émissions, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

24 En premier lieu, ainsi qu'il découle du libellé de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, et notamment des termes «toute communication au public [...] y compris la mise à la disposition du

- public), que la notion de «mise à la disposition du public», également utilisée à l'article 3, paragraphe 2, de cette directive, fait partie de celle, plus large, de «communication au public».
- 25 En second lieu, il ressort de l'article 3, paragraphe 2, de ladite directive que, pour être qualifié d'«acte de mise à la disposition du public», au sens de cet article, un acte doit remplir cumulativement les deux conditions énoncées à cette disposition, à savoir permettre au public concerné d'accéder à l'objet protégé en cause tant de l'endroit qu'au moment que chacun choisit individuellement.
- 26 En effet, ainsi qu'il résulte de l'exposé des motifs de la proposition de la Commission du 10 décembre 1997 [COM(97) 628], ayant conduit à l'adoption de la directive 2001/29, corroboré par le considérant 25 de cette directive, la notion de «mise à la disposition du public», au sens de l'article 3 de cette directive, vise les «transmissions interactives à la demande», lesquelles sont précisément caractérisées par le fait que chacun peut y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement (voir, en ce sens, arrêt SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, point 59).
- 27 Or, tel n'est pas le cas d'émissions diffusées en direct sur Internet, telles que celles en cause au principal.
- 28 La juridiction de renvoi demande néanmoins si l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29 doit s'entendre comme s'opposant à ce que les États membres accordent aux organismes de radiodiffusion visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), un droit exclusif également à l'égard d'actes qui, tels ceux en cause au principal, pourraient être qualifiés d'«actes de communication au public», mais ne constituent pas des actes de mise à la disposition du public de la fixation de leurs émissions effectués de manière à ce que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.
- 29 À cet égard, ainsi qu'il ressort du considérant 7 de la directive 2001/29, l'objectif poursuivi par cette dernière consiste à procéder à une harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins uniquement dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. En effet, il résulte de ce considérant que ladite directive n'a pas pour objectif de supprimer ou de prévenir les disparités entre les législations nationales qui ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché intérieur. Ainsi, et comme cela ressort également de l'intitulé de la même directive, le législateur de l'Union n'a procédé qu'à une harmonisation partielle des droits d'auteurs et des droits voisins.
- 30 Or, il découle des considérants 23 et 25 de cette directive que le législateur de l'Union a souhaité, d'une part, harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public et, d'autre part, supprimer l'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande ainsi que mettre en place une protection harmonisée au niveau de l'Union européenne pour ce type d'acte.
- 31 En revanche, ni l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29 ni aucune autre disposition de celle-ci n'indiquent que le législateur de l'Union ait souhaité harmoniser et, par conséquent, prévenir ou supprimer d'éventuelles disparités entre les législations nationales, s'agissant de la nature et de l'ampleur de la protection que les États membres pourraient reconnaître aux titulaires de droits visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard de certains actes, tels ceux en cause au principal, qui ne sont pas expressément visés à cette dernière disposition.
- 32 Par ailleurs, selon le considérant 20 de la directive 2001/29, cette dernière est fondée sur les principes et les règles déjà établis par les directives en vigueur dans le domaine de la propriété intellectuelle, telles que la directive 92/100 (voir arrêt Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 187).

- 33 En effet, il ressort du considérant 16 de la directive 2006/115, laquelle s'est substituée à la directive 92/100, que les États membres doivent se voir reconnaître la possibilité de prévoir, pour les titulaires de droits voisins du droit d'auteur, des dispositions plus protectrices que celles qui sont prévues par la directive 2006/115 en ce qui concerne la radiodiffusion et la communication au public.
- 34 Or, l'article 8 de ladite directive, intitulé «Radiodiffusion et communication au public», énonce à son paragraphe 3, notamment, que les États membres doivent prévoir, pour les organismes de radiodiffusion, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la rediffusion de leurs émissions par le moyen des ondes radioélectriques ainsi que la communication au public de leurs émissions lorsque cette communication est faite dans des lieux accessibles au public moyennant le paiement d'un droit d'entrée.
- 35 Ainsi, il y a lieu de constater que la directive 2006/115 reconnaît aux États membres la faculté de prévoir des dispositions plus protectrices, s'agissant de la radiodiffusion et de la communication au public d'émissions effectuées par des organismes de radiodiffusion, que celles devant être mises en place, conformément à l'article 8, paragraphe 3, de cette directive. Une telle faculté implique que les États membres peuvent accorder, aux organismes de radiodiffusion, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire des actes de communication au public de leurs émissions effectués dans des conditions qui diffèrent de celles prévues à cet article 8, paragraphe 3, et notamment d'émissions auxquelles chacun peut avoir accès de l'endroit qu'il choisit, étant entendu qu'un tel droit ne doit, comme le prévoit l'article 12 de la directive 2006/115, en aucune façon affecter la protection du droit d'auteur.
- 36 Il s'ensuit que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29 doit être interprété comme n'affectant pas ladite faculté des États membres, reconnue à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2006/115, lu en combinaison avec le considérant 16 de cette dernière, d'accorder aux organismes de radiodiffusion, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire les actes de communication au public de leurs émissions à condition qu'une telle protection ne porte pas atteinte à celle du droit d'auteur.
- 37 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la question posée que l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale étendant le droit exclusif des organismes de radiodiffusion visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard d'actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet, tels que ceux en cause au principal, à condition qu'une telle extension n'affecte pas la protection du droit d'auteur.

Sur les dépens

- 38 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (neuvième chambre) dit pour droit:

L'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale étendant le droit exclusif des organismes de radiodiffusion visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard d'actes de communication au public que pourraient

constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet, tels que ceux en cause au principal, à condition qu'une telle extension n'affecte pas la protection du droit d'auteur.

Signatures

* Langue de procédure: le suédois.

Annexe 9 : Arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} Chambre civile, 5 juillet 2017, n° 16-13.092, Playmedia / France Télévision



Références

**Cour de cassation
chambre civile 1
Audience publique du mercredi 5 juillet 2017
N° de pourvoi: 16-13092
Non publié au bulletin**

Sursis a statuer

**Mme Batut (président), président
Me Haas, SCP Piwnica et Molinié, avocat(s)**

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 février 2016), que la société Playmédia, distributeur de services de télévision, qui, le 9 juillet 2009, a déclaré son activité au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), offre un service de diffusion en direct, gratuit et sans abonnement, de chaînes de télévision accessibles sur le site internet playtv.fr ; que la société de programmes France télévisions, éditrice des services France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô, est titulaire, sur l'ensemble de ses programmes, des droits voisins reconnus aux entreprises audiovisuelles par l'article L. 216-1 du code de la propriété intellectuelle, ainsi que des droits d'auteur et des droits voisins des producteurs de vidéogrammes sur les oeuvres qu'elle a elle-même produites ; qu'elle diffuse ses programmes, par transmission initiale, par télévision numérique terrestre (TNT) et, par retransmission simultanée et intégrale, par satellite, par câble et par liaison numérique à débit asymétrique (ADSL), pour une réception sur des postes de télévision et sur des terminaux téléphoniques mobiles ; que, diffusant également ses programmes sur son site internet Pluzz, elle a conclu avec les fournisseurs d'accès à internet des contrats de reprise de ceux-ci qui prévoient leur diffusion en réseau fermé ou sur abonnement, et excluent une retransmission en dehors du réseau de l'opérateur ; que la société France télévisions, constatant que ses programmes étaient proposés, sans son autorisation, sur le site playtv.fr pour un visionnage en direct, ainsi qu'un accès à la télévision de rattrapage, qu'elle-même proposait déjà sur son site Pluzz, a assigné la société Playmédia en contrefaçon, laquelle, se prévalant des dispositions de l'article 34-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, relatif à l'obligation de diffusion mise à la charge des distributeurs, a demandé qu'il soit enjoint à la société France télévisions de conclure un contrat l'autorisant à diffuser ses programmes ; que la société Playmédia a, parallèlement, saisi d'une même demande le CSA qui, par décision du 23 juillet 2013, lui a fait injonction de cesser, avant la fin de la même année, la reprise des services édités par la société France télévisions en assurant la mise en conformité de son offre, qu'elle a alors modifiée le 12 mars 2014 ; que, par décision du 27 mai 2015, le CSA a mis en demeure la société France télévisions de se conformer aux dispositions de l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 en ne s'opposant pas à la reprise, par la société Playmédia, des services qu'elle édite ; que la société France télévisions a exercé, devant le Conseil d'Etat, un recours pour excès de pouvoir contre cette décision ; que, la société Playmédia, ayant été placée en redressement judiciaire par jugement du 2 juin 2016, son mandataire judiciaire est intervenu à l'instance ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Playmédia fait grief à l'arrêt de la condamner à payer une certaine somme à la société France télévisions en réparation de l'atteinte portée à ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle et à ses droits d'auteur et droits voisins de producteur sur les programmes dont elle est productrice, alors, selon le moyen :

1°/ que tout distributeur de services de télévision sur un réseau n'utilisant pas de fréquences terrestres assignées par le CSA, est tenu de mettre gratuitement à disposition de ses abonnés les chaînes de France télévisions, société nationale d'édition des programmes visée au I- de l'article 44 de la loi du 30 septembre 1984, sauf si cette dernière estime que l'offre de services proposée par le distributeur est manifestement incompatible avec le respect de ses missions de service public ; que l'exécution de cette obligation légale ne saurait être entravée par l'absence d'autorisation donnée par France télévisions ou de conclusion préalable d'un contrat avec celle-ci en vue de la protection de ses droits d'auteurs ; qu'en considérant que la diffusion par Playmédia, distributeur de services de télévision par internet, des programmes de France télévisions était subordonnée à l'autorisation ou à la conclusion d'un contrat avec celle-ci, la cour d'appel a violé les articles 2-1 et 34-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, les articles L. 215-1, L. 216-1 et L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle interprétés à la lumière de l'article 3, § 2, de la directive n° 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins et la directive « autorisation » du 7 mars 2001, et le principe de la liberté contractuelle ;

2°/ que la communication est libre ; que tout distributeur de services qui met à disposition du public, par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le CSA, une offre de services de communication audiovisuelle comportant des services de télévision, dépose une déclaration préalable auprès du CSA ; que, dans le mois suivant la réception complète de la déclaration, cette autorité de régulation peut notifier au déclarant qu'il n'a pas la qualité de distributeur de services ou, par décision motivée, s'opposer à l'exploitation d'une offre de services « s'il estime qu'elle ne satisfait pas aux conditions et obligations de la loi du 30 septembre 1986, notamment celles mentionnées aux articles 1er , 3-1, 15 et 34-1 à 34-2, ou s'il estime qu'elle porte atteinte aux missions de service public assignées par la loi à la société France télévisions » ; qu'en retenant, pour dénier à Playmédia la qualité de distributeur et partant, écarter l'obligation légale de mise à disposition, que l'intervention du CSA n'avait « qu'un effet déclaratif et ne saurait donc valoir autorisation ou validation de l'offre ou des activités du distributeur créer un nouvel état de droit par l'application automatique à ce distributeur du « must carry » dont les règles sont « loin d'être générales et d'application automatique » et doivent être « raisonnables, proportionnées, transparentes et nécessaires pour garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt général clairement définis », la cour d'appel a violé le principe de la liberté de communication, ensemble les articles 1er , alinéa 1er, 2-1 et 34-2 de la loi de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 interprétés à la lumière de la directive n° 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques ;

3°/ que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne nuisent point aux tiers ; qu'en retenant que France télévisions ne disposait pas des droits pour la diffusion de certains programmes sur internet, eu égard aux contrats qu'elle signe avec les tiers, les auteurs des droits ou leurs titulaires, que « les licences les plus récentes issues des négociations avec les studios de cinéma américains et les détenteurs de droits sportifs autorisent le " simulcast internet " (c'est-à-dire diffusion en simultané sur internet des chaînes concernées), mais uniquement (a) sur les sites édités par France télévisions, et (b) sous réserve du respect de conditions techniques extrêmement précises sur les mesures de protection à mettre en oeuvre pour éviter notamment la copie des oeuvres ainsi diffusées, étant précisé que les producteurs demeurent contractuellement libres d'autoriser la reprise de leurs programmes sur tout service de l'internet », et que « cette politique des ayants droit est commune à tous les diffuseurs et les chaînes généralistes diffusant ce type de programmes sont dans une situation comparable ; qu'ainsi, il est établi que les chaînes TF1 et M6, par exemple, ne sont pas diffusées en simultané et en intégral pour réception sur des sites web autres que les sites édités par ces chaînes » de sorte que « les titulaires de droits sur certains de ces programmes n'ont pas autorisé la société France télévisions à diffuser ou à faire diffuser ces programmes sur des services du type de celui opéré par Playmédia », pour juger que l'obligation légale de mise à disposition, propre à la diffusion des chaînes publiques de la société nationale de services de télévisions, était subordonnée à la conclusion d'un contrat préalable avec celle-ci et dont le refus ne pouvait être abusif, la cour d'appel a violé les articles 1165 du code civil et 34-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;

4°/ que le CSA peut être saisi par un éditeur ou par un distributeur de services, de tout différend relatif à la distribution d'un service de télévision lorsque ce différend est susceptible de porter atteinte aux exigences de service public, à la protection du jeune public, à la dignité de la personne humaine et à la qualité et à la diversité des programmes, ou lorsque ce différend porte sur le caractère objectif, équitable et non discriminatoire des conditions de la mise à disposition du public de l'offre de programmes ou des relations contractuelles entre un éditeur ou l'entreprise de communication audiovisuelle nationale, France télévisions, et un distributeur de services ; que la décision de l'autorité de régulation, qui peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, précise les conditions permettant d'assurer le respect des obligations et des principes précités ; que, dans sa décision n° 2013-555 du 23 juillet 2013 relative à un différend opposant Playmédia et France télévisions, le CSA a rejeté la requête de la première tendant à enjoindre à la seconde de signer avec elle un contrat de diffusion de ses services en l'invitant à mettre en place, en sa qualité de distributeur, d'un système d'abonnement de ses utilisateurs, « qu'il soit ou non à titre onéreux », afin de pouvoir appliquer son obligation légale de mise à disposition des chaînes publiques, et lui a imposé « la mise en conformité de ses activités » dans un délai qu'il a fixé au 31 décembre 2013 ; que le CSA a rejeté les conclusions reconventionnelles de France télévisions tendant à ce qu'il soit enjoint à Playmédia cesser la diffusion des chaînes publiques et fondées sur l'incompatibilité manifeste de son offre avec le respect de ses missions de service public ; qu'en s'abstenant de rechercher si Playmédia ne s'était pas conformée à cette décision, qui n'avait pas été frappée de recours, en mettant en place un système d'abonnement, de sorte que sa qualité de distributeur de services de télévision, assujetti, comme tel, à l'obligation de must carry ne pouvait plus être contestée, la cour d'appel a violé le principe de séparation des pouvoirs, l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III, ensemble les articles 3-1, 17-1 et 48-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;

5°/ que les décisions du CSA, autorité administrative indépendante qui garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle par tout procédé de communication électronique, s'imposent au juge judiciaire ; qu'en considérant, pour retenir que Playmédia n'était pas tenue de mettre en oeuvre l'obligation de mise à disposition légale, que la décision du CSA de mettre en demeure France télévisions de ne pas s'opposer à la reprise par Playmédia des chaînes qu'elle édite, ne s'imposait pas à elle dès lors que le CSA n'est pas un organe juridictionnel mais une autorité administrative, que sa décision n'a pas l'autorité de la chose jugée et fait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, cependant que ce recours ne présente pas de caractère suspensif, la cour d'appel a violé le principe de la séparation des pouvoirs, l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et les articles 3-1, 17-1 et 48-2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 ;

6°/ qu'est abonné au sens de l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 toute personne physique ou morale partie à un contrat avec un fournisseur de services de communications électroniques accessibles au public, pour la fourniture de tels services ; qu'en subordonnant l'abonnement à l'existence d'un engagement payant sur une durée définie et en jugeant que Playmédia avait mis en place une « simple inscription », pour créer un compte sur son site, « anonyme », en ne demandant de renseigner que le sexe, un pseudonyme, un mot de passe et une adresse électronique, sans identité ni adresse, la cour d'appel a violé l'article 34-2 de loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, interprété à la lumière des directives communautaire du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 n° 2002/21/CE et n° 2002/22/CE, ensemble l'article 1134 du code civil ;

7°/ que la communication audiovisuelle est libre ; qu'est considéré comme un distributeur toute personne qui établit

avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques ; que le réseau internet constitue un réseau de communication électronique ; qu'aucun matériel spécifique ne peut être exigé pour la communication de services de télévisions ; qu'en considérant, pour écarter l'existence d'une discrimination envers Playmédia, que l'obligation de mise à disposition légale était réservée aux abonnés à titre onéreux disposant de « connexions WIFI » ou de « cartes SIM », ou de « box » ou d'un réseau et un matériel de communication électronique spécifiques, tels que ceux des distributeurs historiques, la cour d'appel a violé les articles 2-1, 12 et 34 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, L. 32 du code des postes et des télécommunications interprété à la lumière des directives du 7 mars 2002 du Parlement et du Conseil, n° 2002/19/CE, n° 2002/20/CE, n° 2002/21/CE et n°2002/22/CE ;

8°/ qu'une directive, dépourvue en principe d'effet direct horizontal, ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et lui être opposée ; qu'en exigeant de Playmédia qu'elle établisse toucher un nombre significatif d'utilisateurs finals d'internet comme mode de réception principal de la télévision, cependant que cet élément de la directive communautaire n'avait pas été transposée par la loi, la cour d'appel a violé l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986, interprété à la lumière de directive communautaire du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002, n°2002/22/CE, ensemble l'article 189 du traité de Rome du 27 mars 1957 ;

9°/ que le réseau internet constitue, en France, un mode de réception de la télévision disposant d'un nombre significatif d'utilisateurs finals ; qu'en considérant que Playmédia ne remplissait pas cette condition, la cour d'appel a violé l'article 34-2 de loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, interprété à la lumière de la directive communautaire du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 n° 2002/22/CE ;

10°/ que, dans ses conclusions d'appel, Playmédia faisait valoir qu'elle s'était rapprochée de la SACEM en vue de la conclusion d'un contrat d'adhésion dès la création de son site internet, et que compte tenu de son modèle économique nouveau, reposant sur la diffusion de « prérolls » publicitaires en lieu et place d'une rémunération de l'abonné, celle-ci échappait à un certain nombre de redevances et qu'après plusieurs années de négociation, la SACEM, la SADC, SCAM, ADAGP avaient, par un contrat signé le 14 août 2014, convenu que ce contrat prenait « rétroactivement effet à compter du 27 janvier 2010 » ; qu'en retenant qu'il ressortait des éléments de la cause que Playmédia « diffus(ait) en "streaming" depuis au plus tard son communiqué de presse du 27 janvier 2010, et sans l'accord de France télévisions, les programmes diffusés par cette dernière, sans payer la moindre redevance et en se finançant par l'affichage de publicités en "pré-roll" avant la diffusion des programmes » sans répondre à ce moyen déterminant, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

11°/ qu'à titre infiniment subsidiaire, la communication au public par voie électronique est libre ; que, lorsqu'une oeuvre est communiquée selon un même mode technique, l'autorisation de l'auteur de l'oeuvre n'est requise qu'en cas de communication à un public nouveau ; qu'en condamnant Playmédia pour contrefaçon des droits d'auteurs et des droits voisins de l'entreprise de communication audiovisuelle de France télévisions sur les oeuvres audiovisuelles constatées par constats d'huissier des 25, 26 mars et 8 octobre 2013, sans rechercher si ces oeuvres n'étaient pas librement accessibles à tout internaute, via le site Pluzz de France télévisions diffusés en permanence ses programmes, et si, partant, Playmédia n'avait pas communiqué ces oeuvres à un public nouveau et n'était pas tenue d'obtenir l'autorisation de l'auteur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 122-1, L. 122-2 et L. 215-1 du code de la propriété intellectuelle tels qu'interprétés à la lumière de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, et du principe de la liberté de communication ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Playmédia fait grief à l'arrêt de dire qu'en permettant, depuis le 20 novembre 2014, d'accéder, sur son site playtv.fr, aux programmes diffusés par France télévisions depuis son propre site pluzz.francetv.fr grâce à des liens profonds et à la technique de la « transclusion », sans l'autorisation de cette société, elle s'est rendue coupable d'actes de contrefaçon des droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle dont est titulaire France télévisions, alors, selon le moyen :

1°/ que la communication est libre ; que, lorsqu'une oeuvre est communiquée par un distributeur selon un même mode technique, l'autorisation de l'auteur d'une oeuvre n'est requise, pour la retransmission qu'en cas de communication à un public nouveau ; qu'une communication visant la même oeuvre que la communication initiale, effectuée sur internet, à l'instar de la communication initiale, donc selon le même mode technique, ne s'adresse pas à public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur, dès lors que la communication initiale au public ne fait l'objet d'aucune mesure restrictive, de sorte que tous les internautes peuvent y avoir accès librement, y compris ceux d'un autre site ; que la notion de mise à la disposition du public fait partie de celle, plus large, de communication au public ; qu'en jugeant que France télévisions « en sa qualité d'entreprise de communication audiovisuelle, bénéficiait du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public en ligne et à la demande de ses programmes des oeuvres diffusées sur son site Pluzz », qu'elle soit effectuée par recours à des « liens profonds », par la technique de la " transclusion " (« framing ») ou du « in line liking », sur le site de Playmédia, quand bien même le fait que les oeuvres sont diffusés sur un même mode technique, la cour d'appel a violé l'article L. 216-1 du code de la propriété intellectuelle, tel qu'interprété à la lumière de l'article 3, § 2, d), de la directive 2001/29/CE, ensemble le principe de la liberté de communication ;

2°/ que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ; qu'il ne peut relever d'office un moyen sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ; qu'aucune des parties ne soutenait que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative à la communication à un public nouveau, était inapplicable aux faits de l'espèce en ce que France télévisions dispose de droits voisins du droit d'auteur ; que France télévisions se bornait à soutenir que cette jurisprudence était contraire à de nombreux traités internationaux relatifs aux droits de propriété intellectuelle, de sorte que le juge devait la laisser inappliquée et subsidiairement, que Playmédia disposait bien d'un public nouveau ; qu'en jugeant que « l'arrêt « Svensson et l'ordonnance BestWater International GmbH » étaient inapplicables aux faits de l'espèce, qui relevaient de l'article 3 §

2, d) de la directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 du Parlement et du Conseil relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information dans la mesure où ces jurisprudences ne concernant que l'interprétation de l'article 3, § 1er, de la directive, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 16 du code de procédure civile ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Playmédia fait grief à l'arrêt de retenir qu'en permettant l'accès en ligne, sur son site playtv.fr, aux programmes de télévision de rattrapage diffusés par France télévisions sur son site pluzz.francetv.fr, elle avait commis des actes distincts de concurrence déloyale, alors, selon le moyen :

1°/ que la fourniture d'un lien en hypertexte sur un site internet assurant la redirection de ses utilisateurs vers un autre site ne peut constituer un acte de concurrence déloyale à l'égard de ce dernier dès lors que celui-ci reçoit, par ledit lien, les visites des utilisateurs ; que loin de détourner la clientèle, il lui apporte au contraire des clients nouveaux sans qu'il puisse être retenu à son encontre quelconques faits de concurrence déloyale ou de confusion ; qu'en condamnant Playmédia sur le fondement de la concurrence déloyale pour confusion, après avoir relevé que « le fait de devoir passer par plusieurs pages portant le logo de PlayTV et une publicité vidéo sans aucune référence ; au site Pluzz de France télévisions avant de pouvoir accéder à la télévision de rattrapage de ce site (au demeurant inscrit en petits caractères en bas de la fenêtre) entretient dans l'esprit de l'internaute l'impression que ce service de télévision de rattrapage est produit et fourni par Playmédia sur son site playtv.fr », ce dont il résultait que Playmédia ne faisait que rediriger ses utilisateurs vers le site de France télévisions, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles 1382 et 1383 du code civil, ensemble le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ;

2°/ que l'action en concurrence déloyale peut être caractérisée si aux faits de contrefaçon spécialement condamnés par la loi viennent s'ajouter d'autres faits dont le caractère abusif ou excessif résulte des principes généraux du droit ou des usages fondés sur des règles de la probité commerciale ; qu'elle repose sur des faits distincts de celle-ci ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé de faits distincts de la contrefaçon, a violé les articles 1382 et 1383 du code civil, ensemble le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ;

Attendu que, saisi par la société France télévisions d'une requête en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CSA du 27 mai 2015, le Conseil d'Etat a, par décision du 10 mai 2017, sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les questions suivantes :

1°/ Une entreprise qui propose le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur internet doit-elle, de ce seul fait, être regardée comme une entreprise qui exploite un réseau de communications électroniques utilisé pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision au sens du paragraphe 1 de l'article 31 de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 ?

2°/ En cas de réponse négative à la première question, un Etat membre peut-il, sans méconnaître la directive ou d'autres règles du droit de l'Union européenne, prévoir une obligation de diffusion de services de radio ou de télévision pesant à la fois sur des entreprises exploitant des réseaux de communications électroniques et sur des entreprises qui, sans exploiter de tels réseaux, proposent le visionnage de programmes de télévision en flux continu et en direct sur internet ?

3°/ En cas de réponse positive à la deuxième question, les Etats membres peuvent-ils s'abstenir de subordonner l'obligation de diffusion, en ce qui concerne les distributeurs de services qui n'exploitent pas des réseaux de communications électroniques, à l'ensemble des conditions prévues au paragraphe 1 de l'article 31 de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002, alors que ces conditions s'imposeront en vertu de la directive en ce qui concerne les exploitants de réseaux ?

4°/ Un Etat membre qui a institué une obligation de diffusion de certains services de radio ou de télévision sur certains réseaux peut-il, sans méconnaître la directive, prévoir l'obligation pour ces services d'accepter d'être diffusés sur ces réseaux, y compris, s'agissant d'une diffusion sur un site internet, lorsque le service en cause diffuse lui-même ses propres programmes sur internet ?

5°/ La condition selon laquelle un nombre significatif d'utilisateurs finals des réseaux soumis à l'obligation de diffusion doivent les utiliser comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision prévue au paragraphe 1 de l'article 31 de la directive 2002/22/CE doit-elle, s'agissant d'une diffusion par internet, s'apprécier au regard de l'ensemble des utilisateurs qui visionnent des programmes de télévision en flux continu et en direct sur le réseau internet ou des seuls utilisateurs du site soumis à l'obligation de diffusion ? ;

Attendu qu'au regard des griefs et des questions préjudicielles précitées, la décision de la Cour de justice de l'Union européenne à intervenir est de nature à influencer sur la solution du présent pourvoi ; qu'il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'au prononcé de celle-ci ;

PAR CES MOTIFS :

SURSOIT à statuer sur le pourvoi jusqu'au prononcé de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne sur les questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat dans sa décision du 10 mai 2017, n° 391519 ;

Renvoie la cause et les parties à l'audience du 15 mai 2018 ;

Réserve les dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du cinq juillet deux mille dix-sept.

ECLI:FR:CCASS:2017:C100831

Analyse

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 2 février 2016

Annexe 10 : Arrêt de la Cour d'appel de Paris, pôle 5, 1^{ère} chambre, 2 février 2016, Playmedia / France Télévision

Vu le jugement rendu contradictoirement le 09 octobre 2014 par le tribunal de grande instance de Paris.

Vu l'appel interjeté le 10 octobre 2014 par la SAS Playmédia.

Vu les dernières conclusions récapitulatives n° 3 de la SAS Playmédia, transmises le 17 novembre 2015.

Vu les dernières conclusions récapitulatives finales de la SA France Télévisions, signifiées le 12 novembre 2015 et transmises par RPVA successivement les 12 et 13 novembre 2015.

Vu l'ordonnance de clôture en date du 17 novembre 2015.

DISCUSSION

Considérant que, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure, il est expressément renvoyé au jugement déféré et aux écritures des parties ;

Considérant qu'il suffit de rappeler que MM Charles C. et John G. ont créé le 12 juin 2009 la SAS Playmédia qui offre un service de diffusion en direct, gratuite et sans abonnement, de chaînes de télévision accessible sur Internet à l'adresse et ont apporté à cette société lors de sa constitution la marque "*playtv*" qu'ils avaient déposée le 12 janvier 2007, le coût de ces diffusions étant financé par l'affichage de publicités en "*pré-roll*" (spot publicitaire s'activant avant l'affichage de la chaîne sélectionnée) ;

Que ce site a été mis en service en février 2009, l'activité de distributeur de services de télévision de la SAS Playmédia ayant été déclarée au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) le 09 juillet 2009 puis renouvelée le 02 novembre 2009 ;

Que la SAS Playmédia expose avoir négocié et signé des accords avec chacune des chaînes privées de télévision qu'elle diffuse afin de reverser à chaque éditeur une partie des recettes produites par la publicité en fonction du taux de consultation des programmes de chaque chaîne sur son site Internet ;

Que la société nationale de programmes France Télévisions est éditrice des services de télévision France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô, éditant ses propres programmes et des oeuvres audiovisuelles produites par des tiers et bénéficie sur l'ensemble de ses programmes, des droits voisins reconnus aux entreprises de communication visuelle par l'article L 216-1 du code de la propriété intellectuelle, ces programmes contenant des oeuvres audiovisuelles produites par la SA France Télévision et/ou des tiers, protégées par le droit d'auteur et par le droit voisin des producteurs de vidéogrammes ;

Qu'elle diffuse ses programmes par transmission initiale par télévision numérique terrestre (TNT) et par retransmissions simultanées et intégrales par satellite, par câble, par ADSL pour réception sur des postes de télévision (au travers des offres de télévision sur les "*box*" des

opérateurs ADSL : Orange, Free, Neuf, Bouygues, Darty, etc), ainsi que pour réception sur terminaux téléphoniques mobiles (distribution au travers des offres télévision des opérateurs mobiles) ;

Que la SA France Télévision a ainsi conclu des contrats de reprise de ses programmes avec l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet proposant une offre de services de télévision, imposant notamment à ces derniers le respect des conditions imposées par les ayants droit ;

Que la diffusion des programmes de la SA France Télévisions par ces plate-formes s'opère uniquement en réseau fermé à l'arrière d'un boîtier ADSL ("*box*") ou dans le cadre d'un abonnement mobile, et tous les contrats excluent la retransmission sur Internet hors du réseau fermé de l'opérateur ;

Qu'il en est de même pour la partie "mobile" qui n'est offerte que dans le cadre d'un réseau fermé mobile 3G ou 4G (utilisation d'une clé mobile ou d'un ordinateur avec une puce mobile de l'opérateur) ;

Que la SAS Playmédia expose avoir engagé des discussions verbales avec la SA France Télévision pour la diffusion de ses programmes et qu'à cette occasion elle dit avoir découvert que la société Zattoo, qui diffuse en direct sur Internet les chaînes du service public, ne disposait d'aucun accord avec la SA France Télévision et que les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) distribuant les programmes de cette société par les réseaux Internet au titre de l'obligation légale de diffusion (dite "*must carry*") ne disposaient pas d'aucun contrat ;

Que par lettre recommandée avec accusé de réception du 17 septembre 2009, la SAS Playmédia a demandé à la SA France Télévisions de préciser pourquoi les FAI et la société Zattoo pouvaient ainsi diffuser en direct sur Internet les chaînes publiques sans contrats ; qu'il s'en est suivi un échange de correspondances des 29 septembre 2009, 31 décembre 2009 et 15 janvier 2010, la SA France Télévisions invoquant l'impossibilité d'accorder une autorisation de diffusion sur Internet au motif de l'absence de disposition de tels droits sur certains programmes ;

Qu'à la proposition de MM Charles C. et John G. que la SA France Télévisions dénonce à la SAS Playmédia, sous préavis de 24 heures, les programmes sur lesquels les droits Internet de diffusion ne seraient pas disponibles, de manière qu'elle puisse suspendre le flux pendant les émissions concernées, il a été répondu que, si tel devenait le cas, l'obligation légale de diffusion ne serait plus respectée par la SAS Playmédia, ce qui serait contraire à la loi ;

Que la SAS Playmédia a décidé de passer outre le refus d'accord opposé par la SA France Télévisions estimant que la mise à disposition des flux antenne des chaînes publiques sur le site "*pluzz.francetv.fr*" lancé par la SA France Télévisions le 10 avril 2012, lequel fonctionne économiquement de la même manière que le site "*playtv.fr*", bénéficiant d'une promotion indirecte, permanente et gratuite sur les diverses chaînes de la SA France Télévisions par inclusion d'une mention en fin d'émissions incitant les téléspectateurs à consulter ce site dans le cadre de la télévision de rattrapage, constituait une distorsion de concurrence, éventuellement même une forme de concurrence déloyale à l'encontre des autres sites de consultation de télévision ;

Que le 03 juillet 2012 la SA France Télévision a mis en ligne un service d'annonce des programmes de télévision et une application spécifique à Internet, dite "Salto" ;

Que c'est dans ces conditions que la SAS Playmédia a fait assigner le 25 mai 2012 la SA France Télévisions devant le tribunal de commerce de Paris en concurrence déloyale, que cette juridiction s'est déclarée incompétente au profit du tribunal de grande instance de Paris par jugement du 24 octobre 2012, confirmé par arrêt de la cour de céans du 15 janvier 2013 ;

Que parallèlement à cette procédure, la SA France Télévisions Publicité faisait assigner le 30 avril 2012 la SAS Playmédia en concurrence déloyale, la SA France Télévisions ayant été assignée en intervention forcée par la SAS Playmédia par acte du 25 mai 2012 ; que le tribunal de commerce de Paris a, par jugement du 11 décembre 2012, débouté la SA France Télévisions Publicité de ses demandes et que cette dernière a interjeté appel de cette décision ;

Qu'en outre la SAS Playmédia a saisi le 05 décembre 2012 le CSA du litige l'opposant à la SA France Télévision et qu'une décision n° 2013-555, acceptée par les parties, a été rendue par le CSA le 23 juillet 2013, impartissant à la SAS Playmédia de mettre fin avant la fin de l'année 2013 à la reprise des services édités par la SA France Télévisions en assurant la mise en conformité de ses activités afin de rendre possible, le cas échéant, une modification des règles applicables susceptibles de conduire à un élargissement des conditions de reprise incluant, le cas échéant, une contribution compensatoire au bénéfice tiré de la diffusion de tels services télévisuels ;

Que la SAS Playmédia indique avoir mis en place dès le 01 décembre 2013, et notifié au CSA le 23 décembre 2013, un système double de consultation des chaînes de télévision sur son site "playtv.fr", l'un d'accès libre mais excluant désormais l'accès aux chaînes publiques et l'autre, sur abonnement gratuit, permettant l'identification des abonnés enregistrés et l'accès aux chaînes publiques ;

Qu'elle a demandé le 11 février 2014 à la SA France Télévisions la signature d'une convention, en informant le CSA ;

Qu'après des échanges de correspondances avec le CSA, la SAS Playmédia a déposé à cet organisme, le 12 mars 2014, les justificatifs des ultimes modifications apportées à son site ;

Considérant que le jugement entrepris a, en substance :

– débouté la SAS Playmédia de ses demandes fondées sur le refus abusif de la SA France Télévisions de signer un contrat avec la SAS Playmédia et de l'ensemble de ses demandes subséquentes,

– dit que la SAS Playmédia a commis des actes de contrefaçon des droits voisins de l'entreprise de communication audiovisuelle de la SA France Télévisions sur ses programmes France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô depuis au moins le 01 janvier 2010,

– dit que la SAS Playmédia a commis des actes de contrefaçon des droits d'auteur de la SA France Télévisions sur les oeuvres audiovisuelles *Famille d'accueil*, *Allô Docteur*, *Le jour où tout a basculé*, *Des chiffres et des lettres*, *Mot de passe*, *C à vous*, *Chabada*,

Faut pas rater ça, Journal télévisé, Un village français dont la diffusion a été constatée par constats d'huissier en date des 25 et 26 mars 2013 et du 08 octobre 2013,

– dit que la SAS Playmédia a commis des actes de contrefaçon des droits voisins du producteur de vidéogramme portant sur ces programmes,

– dit que la SAS Playmédia a commis des actes de contrefaçon au travers de son site PlayTV, des marques communautaires *France 2* n° 002 599 959 et 000 684 704, des marques françaises *France 2* et *F2* n° 38 222 290 et 99 783 655, des marques communautaires *France 3* n° 002 599 975 et 002 364 172, de la marque française *France 3* n° 92 401 175, de la marque française *France 4* n° 3 064 498, des marques communautaires *France 5* n° 002 567 287 et 002 544 427 et des marques françaises *France Ô* n° 3 822 286 et 3 822 127 dont la SA France Télévisions est titulaire,

– condamné en conséquence la SAS Playmédia à verser à la SA France Télévisions la somme de 1.000.000 € à titre de dommages et intérêts à raison de l'atteinte à ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle et au titre de ses droits d'auteur et droits voisins de producteur sur les programmes dont elle est productrice,

– condamné la SAS Playmédia à verser à la SA France Télévisions la somme de 25.000 € à titre de dommages et intérêts à raison de l'atteinte à ses droits de marque,

– fait interdiction à la SAS Playmédia de reprendre et télédiffuser les programmes constitutifs des chaînes *France 2*, *France 3*, *France 4*, *France 5* et *France Ô*, sur son site PlayTV sous astreinte provisoire de 10.000 € par infraction constatée (l'infraction s'entendant de la diffusion d'un programme) et ce, au terme d'un délai de 48 heures suivant la signification de sa décision, l'astreinte courant pendant une durée de 6 mois,

– fait interdiction à la SAS Playmédia d'utiliser les marques communautaires *France 2* n° 002 599 959 et 000 684 704, les marques françaises *France 2* et *F2* n° 38 222 290 et 99 783 655, les marques communautaires *France 3* n° 002 599 975 et 002 364 172, la marque française *France 3* n° 92 401 175, la marque française *France 4* n° 3 064 498, les marques communautaires *France 5* n° 002 567 287 et 002 544 427 et les marques françaises *France Ô* n° 3 822 286 et 3 822 127 sur son site *PlayTV* sous astreinte provisoire de 100 € par infraction constatée et ce, au terme d'un délai de 48 heures suivant la signification de sa décision, l'astreinte courant pendant une durée de 6 mois, se réservant la liquidation des astreintes,

– débouté la SA France Télévisions de sa demande en concurrence déloyale,

– ordonné la publication dans deux journaux ou périodiques professionnels au choix de la "*société Playmédia*" (sic, lire "*la SA France Télévisions*") et aux frais de la "*société France Télévisions*" (sic, lire "*la SAS Playmédia*"), à hauteur de 5.000 € HT par insertion, du communiqué judiciaire suivant :

“ Par jugement du 9 octobre 2014, le tribunal de grande instance de Paris a débouté la société Playmédia de l'ensemble de ses demandes formées à l'encontre de la société France Télévisions au titre du must carry, a dit que la société Playmédia avait commis à l'encontre de la société France Télévisions des actes de contrefaçon des droits voisins d'entreprise de communication

audiovisuelle, de ses droits d'auteur et droits voisins de producteur sur les programmes dont elle est productrice, des actes de contrefaçon des marques dont la société France Télévisions est titulaire FRANCE 2, FRANCE 3, FRANCE 4, FRANCE 5 et FRANCE Ô, a condamné la société Playmédia à verser à la société France Télévisions la somme de 1.000.000 euros à titre de dommages et intérêts à raison de l'atteinte à ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle et au titre de ses droits d'auteur et droits voisins de producteur sur les programmes dont elle est productrice, la somme de 25.000 euros en réparation de l'atteinte à ses marques et a interdit à la société Playmédia de reprendre et télédiffuser les programmes constitutifs des chaînes France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô, sur son site 'PlayTV'.”

– condamné la SAS Playmédia à verser à la SA France Télévisions la somme de 30.000 € au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'en tous les dépens,

– ordonné l'exécution provisoire de sa décision à l'exception des mesures de publication judiciaire et dans la limite de la moitié de l'indemnité de 1.000.000 € due à la SA France Télévisions ;

Considérant que par ordonnance du premier président de la cour de céans en date du 20 novembre 2014, l'exécution provisoire du jugement a été suspendue pour les condamnations pécuniaires mais maintenue en ce qui concerne les mesures d'interdiction ;

Que par ordonnance du premier président en date du 21 août 2015, l'exécution provisoire du reste du jugement entrepris a été maintenue ;

Considérant d'autre part que postérieurement au jugement entrepris, le CSA, par une décision en assemblée plénière du 25 février 2015 a demandé à la SA France Télévisions de ne pas s'opposer à la reprise de ses services par la SAS Playmédia et de conclure dans les plus brefs délais les démarches nécessaires à la régularisation de cette situation ;

Que par sa décision n° 2015-232 du 27 mai 2015, le CSA a mis en demeure la SA France Télévisions de se conformer, à l'avenir, aux dispositions de l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986, en ne s'opposant pas à la reprise par la SAS Playmédia des services qu'elle édite ;

Que cette décision a fait l'objet d'un recours de la part de la SA France Télévisions devant le Conseil d'État ;

I: SUR LES DEMANDES DE LA SAS PLAYMÉDIA :

Considérant que la SAS Playmédia rappelle que la loi du 30 septembre 1986, modifiée le 09 juillet 2004, pose en principe la liberté de communication au public par voie électronique, tout distributeur de services audiovisuels devant se conformer à l'obligation de diffusion gratuite de la totalité des chaînes de France Télévisions dans le cadre du respect du “*must carry*” ;

Qu'elle fait ainsi valoir que l'obligation de reprise des chaînes publiques qui pèse sur les distributeurs est d'ordre public et, réciproquement, oblige les éditeurs de ces chaînes

publiques à accepter leur diffusion par un distributeur reconnu par le CSA et leur impose d'accepter soit la reprise en dehors de tout écrit, soit la signature de conventions ;

Qu'elle soutient que le refus de tout contrat par France Télévisions, ou son exigence d'une rétribution, confinent à l'abus manifeste, insuffisants à faire refuser au distributeur son statut dès lors qu'il est déclaré au CSA et respecte les obligations de diffusion gratuite découlant de la loi, auxquelles les éditeurs ne peuvent s'opposer ;

Qu'elle fait encore valoir que dès lors qu'elle a justifié, avant le 31 décembre 2013, de l'existence d'abonnés, gratuits ou payants, elle continue d'être un distributeur reconnu par le CSA et se trouve, dès lors, toujours contrainte de se soumettre à l'obligation de reprise en intégral et simultané des chaînes publiques, qui s'impose aussi à France Télévisions ;

Qu'elle fait observer que le CSA a formellement validé le système d'abonnés qu'elle a mis en place fin 2013, conforme aux usages de l'Internet, le moyen de paiement n'étant pas nécessairement associé à un abonnement, qui peut être gratuit, ainsi que c'est le cas sur de nombreux sites Internet ;

Qu'elle en conclut que le terme "abonné" utilisé dans l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986 doit être assimilé à celui d'utilisateur ou d'utilisateur, ou d'abonné gratuit indirect, lorsque le service est gratuit pour l'internaute et qu'en toute hypothèse elle a exécuté la décision du CSA du 23 juillet 2013 sur la mise en place d'abonnés dans des conditions admises par le CSA et dont France Télévisions n'a pas à se faire juge ;

Qu'elle fait ainsi valoir que la décision du CSA du 23 juillet 2013, acceptée par France Télévisions et intégralement exécutée par la SAS Playmédia, exprime clairement que dès lors qu'un distributeur a mis en place un système d'abonnement, qui peut être gratuit, il relève des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 imposant la reprise en intégral et simultané des programmes des chaînes publiques ;

Qu'elle en conclut qu'il s'infère de cette décision que l'obligation de reprise des chaînes publiques par un distributeur et qui s'impose à tous, découle d'une loi spéciale, celle du 30 septembre 1986, dont les dispositions particulières d'ordre public dérogent au droit général du code de la propriété intellectuelle ;

Qu'elle fait encore valoir que l'absence de convention entre Canal + ou Orange et France Télévisions constitue le révélateur que les acteurs les plus importants du marché ont considéré devoir réciproquement se soumettre à l'obligation du "must carry" sans avoir à signer de contrat ;

Qu'en ce qui concerne les ayants droit, elle soutient qu'il n'y a aucune perte de revenu, même éventuelle, la diffusion sur le site de Playmédia ne constituant pas une diffusion à un public nouveau mais bien au même public, de surcroît comptabilisé au profit du même éditeur, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 13 février 2014, en vertu de laquelle les producteurs et auteurs et les éditeurs publics, à l'exception de France Télévisions, acceptent tacitement l'exercice du "must carry" par les distributeurs qui y sont astreints par la loi du 30 septembre 1986 ;

Qu'elle ajoute que France Télévisions avait l'obligation de faire inclure dans tous ses contrats des clauses permettant le respect du "must carry" et qu'en ne le faisant pas elle a

commis une faute grave en cherchant à échapper, par le biais contractuel, à une obligation légale ;

Qu'elle affirme qu'en lui refusant l'autorisation qu'elle lui demandait, France Télévisions a délibérément violé l'obligation légale de permettre contractuellement la réalisation du "*must carry*" et commis un abus et que confrontée au conflit entre ce refus de contracter opposé par France Télévisions et l'obligation légale faite à tous les distributeurs de diffuser l'intégralité des chaînes publiques, elle a choisi le respect de la loi et a passé outre le refus de France Télévisions ;

Qu'elle affirme ainsi que la recherche par Playmédia depuis novembre 2008 d'un accord de diffusion avec France Télévisions était conforme au vœu de la loi et que les refus opposés avec obstination par France Télévisions apparaissent abusifs et de mauvaise foi ;

Qu'elle ajoute que Molotov TV, créée en 2015 et dont le système consiste à donner accès aux programmes de télévision à partir de terminaux libres d'une "*box*" dans les mêmes conditions que Playmédia, a pu signer une convention avec France Télévisions, apportant ainsi la preuve de la pratique discriminatoire de l'arbitraire par France Télévisions qui sélectionne arbitrairement les distributeurs auxquels elle choisit d'octroyer la diffusion de ses chaînes sur l'Internet dans des conditions de pratique anticoncurrentielle en abusant de sa position dominante ;

Qu'au dispositif de ses conclusions, au-delà des nombreuses et diverses demandes tendant à faire "*constater*", "*donner acte*" ou "*dire et juger*" qui ne saisissent pas le juge de prétentions déterminant l'objet du litige au sens de l'article 4 du code de procédure civile, la SAS Playmédia demande à la cour qu'il soit fait injonction à la SA France Télévisions de signer un accord avec elle, sous astreinte de 500 € par jour à compter de l'arrêt à intervenir pendant 30 jours et qu'à défaut l'arrêt constituera la convention prévue par la loi du 30 septembre 1986 entre un distributeur reconnu par le CSA et les chaînes publiques ;

Qu'elle réclame en outre la somme de 3.000.000 € à titre de dommages et intérêts, "*toutes causes de préjudices confondues*", en raison notamment du caractère abusif des refus de la SA France Télévisions de signer une convention avec elle, de la procédure, des demandes de la SA France Télévisions fondées sur son refus abusif de signer un contrat avec elle et de la mise en oeuvre de l'exécution provisoire sur la coupure des flux et la représentation des logos sur les grilles de programmes ;

Que subsidiairement elle demande une expertise afin de permettre à la cour de déterminer avec précision son préjudice, réclamant en ce cas une provision de 500.000 € avec astreinte de 500 € par jour à compter du quinzième jour suivant l'arrêt à intervenir ;

Qu'elle demande encore la publication judiciaire de la décision intervenir dans dix journaux ou revues de son choix, aux frais de la SA France Télévisions, dans la limite de 10.000 € HT par publication ainsi que l'annonce chaque jour pendant six mois, sur toutes les chaînes de la SA France Télévisions par des spots de trente secondes chacun, préparés par elle, aux frais de la SA France Télévisions, dans la limite de 100.000 € HT, diffusés immédiatement avant les écrans publicitaires à 13 h et à 20 h ;

Considérant que la SA France Télévisions réplique que la conclusion d'un contrat avec les chaînes distribuées préalablement à la constitution d'une offre de services de

communication audiovisuelle est une condition légale du bénéfice de la qualification de distributeur de services, de sorte qu'un distributeur "pirate" qui diffuse sans contrat ni autorisation, ne saurait être considéré comme un distributeur de services au sens de la loi ;

Qu'elle ajoute que la déclaration déposée auprès du CSA, qui n'implique pas un contrôle préalable, ni une quelconque autorisation ou validation de l'offre ou des activités du distributeur, n'implique pas l'application automatique des règles du "must carry", ni ne dispense du respect des droits de propriété intellectuelle applicables et de la conclusion de contrats de reprise préalablement à la diffusion des chaînes concernées ;

Qu'elle fait valoir que jusqu'à sa modification le 20 novembre 2014, le modèle économique de Playmédia reposait presque uniquement sur l'exploitation des chaînes publiques du groupe France Télévisions, qui étaient en réalité les seules chaînes significatives présentes dans l'offre de Playmédia, les chaînes privées généralistes de la TNT étant toutes absentes de cette offre ;

Qu'elle affirme qu'il s'agit d'un modèle économique hautement parasitaire portant notamment atteinte aux missions de service public de France Télévisions, modèle particulièrement lucratif, le chiffre d'affaires net de la SAS Playmédia, en constante augmentation, ayant été de 1.134.070 € ;

Qu'elle fait observer que la société suisse Zattoo, déclarée comme Playmédia en tant que distributeur de services auprès du CSA, a fait l'objet, notamment en Allemagne, de nombreuses actions de la part de chaînes de télévision retransmises sans autorisation et, qu'alors qu'elle opposait à France Télévisions les mêmes arguments que Playmédia, elle s'est résolue retirer les programmes de France Télévisions de son offre à la suite du présent jugement déféré à la cour ;

Qu'elle ajoute que le CSA n'est pas une juridiction, mais une autorité administrative indépendante dont les décisions ne sont pas assorties de l'autorité de la chose jugée, le juge judiciaire n'étant pas lié par l'interprétation donnée par l'administration des textes qui lui sont soumis ;

Qu'elle fait encore observer que la SAS Playmédia lui reproche de ne pas l'avoir autorisée à diffuser des programmes qu'elle diffuse néanmoins sans autorisation depuis plus de cinq ans ;

Qu'elle indique bénéficier sur l'ensemble de ses programmes, du droit voisin reconnu aux entreprises de communication audiovisuelle par l'article L 216-1 du code de la propriété intellectuelle, lequel couvre également la retransmission en direct sur l'Internet de ses programmes ;

Qu'elle déclare également bénéficier des droits d'auteur sur l'ensemble des oeuvres audiovisuelle qu'elle crée, produit ou coproduit et notamment leur diffusion sur l'Internet, ainsi que des droits voisins du producteur de vidéogrammes, lesquels couvrent également la diffusion à destination du public sur le réseau Internet ;

Qu'elle en conclut que tout service proposant, comme Playmédia, l'accès à partir d'un site web à ses programmes à partir d'un signal hertzien ou satellite, et dont le signal est

démodulé, numérisé et encodé avant transmission sur le réseau Internet, doit obtenir son autorisation préalable ainsi que celle des ayants droit concernés ;

Qu'elle rappelle que certains ayants droit (studios américains, détenteurs de droits sportifs) imposent des interdictions concernant la reprise sur l'Internet "ouvert" des diffusions autorisées sur les réseaux hertziens, ou limitent ces reprises du signal hertzien aux seuls sites Internet des diffuseurs ;

Qu'elle affirme que la mise en oeuvre du "*must carry*" telle que réglementée par l'article 34-2 de la loi du 30 septembre 1986, est inapplicable en l'espèce en raison de l'absence d'un contrat conclu avec elle, de l'inéligibilité de Playmédia à ce régime, de l'impossibilité, pour des raisons tirées des droits de propriété intellectuelle, d'assurer la reprise intégrale des services sur cette plate-forme, de l'incompatibilité manifeste du service proposé avec les missions de service public de France Télévisions et, plus généralement, du détournement dont ce régime a fait l'objet par Playmédia dans le cadre de son offre ;

Qu'elle ajoute qu'en tout état de cause le "*must carry*" ne saurait, en l'absence de contrat, constituer une exception ou une limite aux droits d'auteur et aux droits voisins, et donc au droit exclusif d'autoriser et d'interdire des ayants droit, cette règle n'étant pas visée au titre des exceptions limitatives aux droits d'auteur et aux droits voisins figurant dans le code de la propriété intellectuelle et à la directive du 22 mai 2001 ;

Qu'elle précise adresser régulièrement des mises en demeure à des services similaires ou identiques à Playmédia et a fait valoir le jugement objet du présent appel auprès des diffuseurs non autorisés, comme les sociétés Filmon et Zattoo, qui ont immédiatement cessé de diffuser ses chaînes ; que les distributeurs "historiques" (Orange, Free, Canalsatellite, etc) opèrent quant à eux dans le cadre d'un abonnement payant sur réseaux fermés, sans recourir à des publicités autour et dans les programmes diffusés comme le fait la SAS Playmédia ;

Qu'elle en conclut que le refus de contracter avec la SAS Playmédia ne saurait être constitutif d'une faute en raison de l'exercice de son droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la diffusion de ses programmes, dans la mesure où il n'est pas démontré qu'elle bénéficierait d'une position dominante sur un marché dont la consistance n'est pas démontrée et où ce refus est justifié par l'impossibilité de conférer à la SAS Playmédia des droits de diffusion qu'elle ne détient pas sur certains programmes tiers, par l'absence totale de garantie donnée par la SAS Playmédia quant à l'obtention de ces droits ou l'indemnisation de France Télévisions en cas de recours (à la différence de l'accord passé avec la société Molotov), par l'impossibilité réglementaire pour elle de permettre, dans le cadre contraint du "*must carry*", une diffusion autre qu'intégrale de ses programmes, par l'incompatibilité manifeste du service proposé avec ses missions de service public et par la persistance d'actes de contrefaçon de ses droits sur le service concerné ;

Qu'elle conclut en conséquence au débouté de la SAS Playmédia de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions et à la confirmation de ce chef du jugement entrepris ;

Considérant ceci exposé, qu'il ressort de ses conclusions que la SAS Playmédia fonde ses demandes sur les dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et plus particulièrement sur son article 34-2, I, ainsi rédigé :

“ I.-Sur le territoire métropolitain, tout distributeur de services sur un réseau n'utilisant pas de fréquences terrestres assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel met gratuitement à disposition de ses abonnés les services des sociétés mentionnées au I de l'article 44 et la chaîne Arte, diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique ainsi que la chaîne TV 5, et le service de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre en mode numérique ayant pour objet de concourir à la connaissance de l'outre-mer, spécifiquement destiné au public métropolitain, édité par la société mentionnée au I de l'article 44, sauf si ces éditeurs estiment que l'offre de services est manifestement incompatible avec le respect de leurs missions de service public. Lorsqu'il propose une offre de services en mode numérique, il met également gratuitement à disposition des abonnés à cette offre les services de ces sociétés qui sont diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique.

Dans les départements d'outre-mer, les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, tout distributeur de services sur un réseau n'utilisant pas de fréquences terrestres assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel met gratuitement à disposition de ses abonnés les services de la société mentionnée au I de l'article 44 qui sont diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique dans le département ou la collectivité, sauf si cette société estime que l'offre de services est manifestement incompatible avec le respect de ses missions de service public. Lorsqu'il propose une offre de services en mode numérique, il met également gratuitement à disposition des abonnés à cette offre les services qui sont diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique dans le département ou la collectivité par application de l'article 26, sauf si les éditeurs en cause estiment que l'offre de services est manifestement incompatible avec le respect de leurs missions de service public. Lorsque le distributeur mentionné aux deux alinéas précédents propose une offre comprenant des services de télévision en haute définition, il met également gratuitement à la disposition des abonnés à cette offre les services de ces sociétés diffusés en haute définition par voie hertzienne terrestre en mode numérique. Les coûts de transport et de diffusion de ces reprises sont à la charge du distributeur.”

Considérant que cet article est la transposition en droit interne de l'article 31 de la directive n° 2002/22/CE du 7 mars 2002 du Parlement européen et du Conseil de l'UE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), lequel instaure une obligation légale de diffusion dite “*must carry*” ;

Que cette obligation, qui trouve son origine dans la réglementation américaine édictée par la *Federal communications commission* dans les *Cable Act* de 1984 et 1992 pour limiter les effets du quasi-monopole des cablo-opérateurs, a pour but d'assurer à tous les téléspectateurs, en particulier ceux n'ayant accès à la télévision que par l'intermédiaire d'offres privées (par câble ou satellite à l'origine, puis par les nouveaux réseaux tels que l'ADSL ou la téléphonie mobile), l'accès aux chaînes publiques d'intérêt général dans le respect du pluralisme, de la liberté d'expression et de la diversité culturelle ;

Que cette règle représente donc l'obligation en France pour un distributeur de services de communication audiovisuelle de reprendre les chaînes publiques diffusées par voie hertzienne, normalement reçues dans la zone de service, ainsi que TV5 et la chaîne Réseau France Outre-mer ;

Que c'est en se prévalant de cette qualité de distributeur de services de communication audiovisuelle et du *"must carry"* que la SAS Playmédia invoque le droit d'accéder librement aux programmes de la SA France Télévisions aux fins de leur rediffusion en simultané sur l'Internet ;

Mais considérant que l'article 1 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que si la communication au public par voie électronique est libre, l'exercice de cette liberté par la libre retransmission des programmes audiovisuels ne peut se faire que dans le respect de la propriété d'autrui ;

Que le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, a rappelé que la propriété figure au nom des droits de l'homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et *"que les finalités et les conditions d'exercice de ce droit ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins"* ;

Considérant par ailleurs que l'article 2-1 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que *"pour l'application de la présente loi, les mots : distributeur de services désignent toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L 32 du code des postes et des communications électroniques"* ;

Que la condition préalable et nécessaire de relations contractuelles pour pouvoir revendiquer le statut de distributeur de services de communication audiovisuelles et, partant, l'application du *"must carry"* permet ainsi d'assurer le respect des droits d'auteur et des droits voisins de l'éditeur de services de communication audiovisuelle et des tiers auprès desquels il a acquis ces droits, tel que prévu expressément par le second alinéa de l'article 1er de la loi ;

Considérant que la déclaration effectuée auprès du CSA en application des dispositions des articles 7 et suivants du décret n° 2005-1355 du 31 octobre 2005 *"relatif au régime déclaratif des distributeurs de services de communication audiovisuelle et à la mise à disposition du public des services d'initiative publique locale"*, n'a, comme l'indique d'ailleurs le titre de ce décret, qu'un effet déclaratif et ne saurait donc valoir autorisation ou validation de l'offre ou des activités du distributeur, ni créer un nouvel état de droit par l'application automatique à ce distributeur du *"must carry"* ;

Qu'en effet l'article 10 du décret ne permet au CSA que de vérifier si le déclarant a *"la qualité de distributeur de services au sens du deuxième alinéa du I de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986"*, c'est-à-dire que le déclarant est bien une société, en ce compris les sociétés d'économie mixte locale, les organismes d'habitations à loyer modéré, les collectivités territoriales et leurs groupements dans les conditions prévues au II de l'article

34 précité, ainsi que les régies prévues par la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

Que l'article 4 du décret, visé par la SAS Playmédia en page 47 de ses conclusions n'est pas applicable dans la mesure où il se réfère à l'article 30-2 de la loi du 30 septembre 1986, lequel ne concerne que les services utilisant la voie hertzienne (chapitre Ier du titre II de la loi) alors que la SAS Playmédia est un service n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (chapitre II du titre II de la loi) ;

Considérant que la SA France Télévisions est bien un éditeur de services de communication audiovisuelle ainsi que le précise l'article 44, I de la loi du 30 septembre 1986 et qu'il s'ensuit que dans le cadre du présent litige, pour pouvoir prétendre à la qualité de distributeur de services de communication audiovisuelle et invoquer le "*must carry*" à l'encontre de la SA France Télévisions, la SAS Playmédia doit avoir au préalable établi avec cette société une relation contractuelle en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle ;

Qu'il ressort des éléments de la cause que sans avoir conclu aucun contrat de distribution de services de communication audiovisuelle avec la SA France Télévisions, la SAS Playmédia diffuse en "*streaming*" depuis au plus tard son communiqué de presse du 27 janvier 2010, et sans l'accord de la SA France Télévisions, les programmes diffusés par cette dernière, sans payer la moindre redevance et en se finançant par l'affichage de publicités en "*pré-roll*" avant la diffusion des programmes ;

Que la SAS Playmédia ne saurait sérieusement prétendre avoir agi ainsi dans "*le respect de la Loi*" (page 38 de ses conclusions) alors qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne l'y autorisait et que loin d'être générales et d'application automatique, les obligations légales de diffusion ("*must carry*") doivent, aux termes de l'article 31, point 1 de la directive du 07 mars 2002, être "*raisonnables, proportionnées, transparentes et nécessaires pour garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt général clairement définis*" ainsi que l'a rappelé la Cour de justice de l'Union européenne au point 28 de son arrêt *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co* du 22 décembre 2008 ;

Considérant en second lieu que l'article 34-2, I de la loi du 30 septembre 1986 ne vise expressément que les seuls services sur abonnement et que c'est au constat (confirmé notamment par le procès-verbal de constat d'huissier de justice des 25 et 26 mars 2013, pièce 11 du dossier de la SA France Télévisions) que l'offre de la SAS Playmédia ne nécessitait pas, de la part de ses usagers, la souscription d'un quelconque engagement de nature contractuelle, que le CSA a, dans sa décision n° 2103-555 du 23 juillet 2013, rejeté la demande de la SAS Playmédia tendant à enjoindre à la SA France Télévisions de signer avec elle un contrat de diffusion de ses services, constaté l'illégalité de cette retransmission et dit, à son huitième considérant, qu'il importait "*que, avant la fin de l'année 2013, la société Playmédia mette fin à la reprise qu'elle propose des services édités par la société France Télévisions*" ;

Considérant que le CSA a néanmoins accordé à la SAS Playmédia un délai jusqu'au 31 décembre 2013 pour "*lui permettre d'assurer la mise en conformité de ses activités*" et que si cette dernière affirme avoir mis en place un système de consultation des chaînes publiques de télévision sur son site Internet à l'aide d'un abonnement gratuit, permettant l'identification des abonnés enregistrés, il ressort tant du procès-verbal de constat

d'huissier de justice du 26 janvier 2014 dressé à la requête de la SA France Télévisions (pièce 17 du dossier de cette dernière) que de celui dressé le 21 décembre 2013 à la requête de la SAS Playmédia (pièce 80 du dossier de cette dernière) que le site Internet de la SAS Playmédia ne propose pas à l'internaute qui souhaite regarder les programmes diffusés par la SA France Télévision, la souscription à un quelconque abonnement à ses services pour une durée définie, mais une simple inscription pour créer un compte sur son site, au demeurant parfaitement anonyme puisqu'il ne lui est demandé que son sexe, un pseudonyme, un mot de passe et une adresse électronique ;

Qu'il apparaît au demeurant que l'internaute disposant d'un compte Facebook® n'a même pas l'obligation de s'inscrire sur le site de la SAS Playmédia puisqu'il peut accéder aux émissions de la SA France Télévisions en utilisant le compte qu'il détient sur ce réseau social, confirmant par là-même que cette inscription ne constitue pas un abonnement au sens de la loi du 30 septembre 1986 ;

Considérant enfin que l'article 31, point 1 de la directive du 07 mars 2002, à la lumière duquel doit être interprété l'article 34-2, I de la loi du 30 septembre 1986, précise que le "*must carry*" ne s'applique qu'aux entreprises "*qui fournissent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique de chaînes de radio et de télévision, lorsqu'un nombre significatif d'utilisateurs finals utilisent ces réseaux comme leur moyen principal pour recevoir des chaînes de radio et de télévision*" ; que ce critère ne fait que répondre à l'objectif principal de la règle de l'obligation légale de diffusion, rappelé plus haut, qui est de permettre l'accès de tous les téléspectateurs aux chaînes publiques d'intérêt général ;

Qu'en l'espèce il ressort d'une étude effectuée par le CSA en février 2015 sur "*la télévision de rattrapage*" (pièce 57-1 du dossier de la SA France Télévisions) que la télévision en direct sur Internet ne concerne qu'entre 4 et 8 % de la consommation totale de télévision en ligne, la quasi-totalité (entre 81 et 87 %) relevant de la télévision de rattrapage ;

Que l'étude réalisée en décembre 2014 par le Centre national du cinéma et de l'image animée sur "*les nouveaux usages audiovisuels*" (pièce 58 du dossier de la SA France Télévisions) relève de même que près de 80 % des téléspectateurs de plus de quinze ans regardent quotidiennement la télévision en direct ou en différé sur un téléviseur et que seulement 6 % d'entre eux la regardent quotidiennement sur un autre écran (ordinateur, téléphone mobile, tablette) ;

Qu'il s'ensuit que la SAS Playmédia ne peut arguer d'un nombre significatif d'utilisateurs finals utilisant l'Internet comme moyen principal pour recevoir des chaînes de télévision ;

Considérant qu'il en résulte que la SAS Playmédia ne remplit pas les conditions légales lui permettant de revendiquer à l'égard de la SA France Télévisions la qualité de distributeur de services de communication audiovisuelle et les obligations du "*must carry*" ;

Considérant que le refus de la SA France Télévisions de contracter avec la SAS Playmédia qui, depuis plus de cinq ans, diffuse ainsi ses programmes sur son site Internet sans son autorisation ne saurait dès lors être considéré comme fautif au regard du principe de la liberté de contracter ;

Qu'il n'est pas davantage justifié de l'existence d'un traitement discriminatoire de la part de la SA France Télévisions à l'encontre de la SAS Playmédia dans la mesure où cette société adresse régulièrement des mises en demeure à l'encontre de sociétés proposant sur Internet des services similaires (Hub-TV, MyOwn, FrenchyTV, FilmOn International, FilmOn Networks USA), y compris à l'encontre de la société Zattoo évoquée par la SAS Playmédia dans sa lettre du 17 septembre 2009 ; que certaines de ces sociétés (FilmOn et Zattoo notamment) ont d'ailleurs cessé la diffusion des chaînes de la télévision publique française postérieurement au présent jugement frappé d'appel ;

Que les offres de services annexes des "distributeurs historiques" que sont Orange, Free, Canalsatellite, etc, permettant de visionner les chaînes de la télévision publique sur des ordinateurs, des tablettes ou des téléphones portables ne sauraient être assimilées au service de la SAS Playmédia dans la mesure où elles ne s'effectuent que dans le cadre d'un abonnement payant et sur un réseau fermé (ADSL, fibre optique, câble, satellite, téléphone mobile) par l'intermédiaire d'un boîtier décodeur multimédia (généralement appelé "box") avec une connexion par câble ou WiFi, ou, pour les offres de télévision par téléphone mobile ou tablette, que sur abonnement grâce à la carte SIM placée dans le téléphone ou la tablette (celle-ci pouvant également être connectée au téléphone mobile) ;

Qu'enfin l'accord de distribution conclu en 2015 avec la SAS Molotov, éditrice du service éponyme, ne saurait également être assimilé au service de la SAS Playmédia et en particulier au projet de "*contrat de concession de droits de diffusion de programmes télévisuels*" proposé par celle-ci à la SA France Télévisions, annexé à sa mise en demeure du 17 mars 2015 ;

Qu'en effet l'accord de distribution conclu avec la SAS Molotov exclut expressément en son article 1.2 l'application des règles du "*must carry*" ; que la SAS Molotov s'y engage à entreprendre les démarches nécessaires afin de conclure des contrats généraux autorisant la distribution sur son réseau des services édités par la SA France Télévisions avec les sociétés de gestion collective de droits d'auteur ainsi qu'avec tout autre organisme de gestion collective dont l'autorisation est nécessaire en vue de l'exécution du contrat et garantit la SA France Télévision de tous frais et débours y compris contentieux susceptibles de résulter d'un manquement à cet engagement ;

Qu'au contraire le projet de contrat proposé le 17 mars 2015 par la SAS Playmédia fait en son article 6, porter à la charge de la SA France Télévisions l'obtention des autorisations nécessaires aux fins de diffusion sur les réseaux ADSL et le paiement des redevances ou autres droits "*de sorte que PLAYMEDIA ne puisse, en aucune manière, être recherchée ou poursuivie de ce chef*" et impose à la SA France Télévisions de garantir à la SAS Playmédia "*l'obtention préalable de l'autorisation expresse de diffusion par Internet des différentes oeuvres intégrées dans ses programmes*" et, plus généralement, de garantir cette dernière "*de toute somme quelconque, en principal, intérêts, frais et accessoires, susceptible d'être mise à sa charge*" en cas de condamnation à l'un quelconque de ces titres ;

Qu'il importe peu que le CSA, dont il convient de rappeler qu'il n'est pas un organe juridictionnel mais une autorité administrative indépendante, ait pu, parallèlement à la présente instance judiciaire, adresser le 27 mai 2015 à la SA France Télévisions dans sa décision n° 2015-232, une mise en demeure de ne pas s'opposer à la reprise par la SAS Playmédia des services qu'elle édite, cette décision n'ayant pas l'autorité de la chose jugée

vis-à-vis de l'autorité judiciaire et faisant, en tout état de cause, l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État ;

Considérant dès lors qu'en l'absence de refus abusif de contracter de la part de la SA France Télévisions, la SAS Playmédia ne peut qu'être déboutée de sa demande tendant à enjoindre à la SA France Télévisions de signer un accord de distribution de ses programmes de télévision ou de dire que le présent arrêt constituera cette convention ; que le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a débouté la SAS Playmédia de l'ensemble de ses demandes à ce titre ;

Que de même en l'absence de faute de la part de la SA France Télévisions, notamment dans la mise en oeuvre de l'exécution provisoire du jugement entrepris, la SAS Playmédia ne peut également qu'être déboutée de sa demande en dommages et intérêts et en publication judiciaire de la décision à intervenir, le jugement entrepris étant également confirmé en ce qu'il a débouté la SAS Playmédia de l'ensemble de ses demandes subséquentes ;

II : SUR LES DEMANDES EN CONTREFAÇON POUR LA PÉRIODE ANTÉRIEURE AU 20 NOVEMBRE 2014 :

La contrefaçon des droits voisins de l'entreprise de communication audiovisuelle :

Considérant que la SA France Télévisions rappelle bénéficiaire sur l'ensemble de ses programmes (indépendamment de leur contenu) des droits voisins reconnus aux entreprises de communication audiovisuelle par l'article L 216-1 du code de la propriété intellectuelle en soutenant que le droit exclusif d'autoriser la télédiffusion de ses programmes recouvre la retransmission en direct sur l'Internet, à destination des internautes, de ses programmes ;

Qu'elle fait valoir que les propres déclarations de la SAS Playmédia attestent d'une diffusion simultanée et intégrale de l'ensemble de ses chaînes depuis au moins le 09 juillet 2009, date de la première déclaration de la SAS Playmédia au CSA et que la présence de ses chaînes sur le site *playtv.fr* a encore été constatée en 2013 et 2014 par plusieurs constat d'huissiers de justice ;

Qu'elle en conclut que ces agissements sont constitutifs d'une contrefaçon de ses droits de radiodiffuseur au sens de l'article L 335-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Considérant que la SAS Playmédia réplique que les critères de l'article L 216-1 ne sont pas réunis en l'espèce, qu'ainsi l'autorisation de l'éditeur de programmes n'est nécessaire pour leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, ce qui n'est pas le cas et que son activité ne consiste pas davantage en la télédiffusion des programmes et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée ;

Considérant que le premier alinéa de l'article L 216-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que "*sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle la reproduction de ses programmes, ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion, et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée*" ;

Que le second alinéa précise que *“sont dénommés entreprises de communication audiovisuelle les organismes qui exploitent un service de communication audiovisuelle au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, quel que soit le régime applicable à ce service”* et que l’article 2 de la dite loi définit la communication audiovisuelle comme étant *“toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public”* ;

Qu’ainsi la SA France Télévision, qui communique au public des services de télévision, est bien une entreprise de communication audiovisuelle au sens de l’article L 216-1 ;

Que sont ainsi protégés en tant que tels les programmes, quel que soit leur contenu (oeuvre, interprétation, vidéogramme, etc), étant précisé que l’article 3, sous f) de la Convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion définit l’émission de radiodiffusion comme étant *“la diffusion de sons ou d’images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public”* et que l’article 2, alinéa 4 de la loi du 30 septembre 1986 définit le programme de télévision comme étant *“une suite ordonnée d’émissions comportant des images et des sons”* ;

Considérant qu’au titre de ces droits voisins, l’article L 216-1 énumère, selon le mode analytique, *“leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion, et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d’un droit d’entrée”* ;

Qu’outre le fait que selon l’article L 122-2 *“la télédiffusion s’entend de la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d’images, de documents, de données et de messages de toute nature”*, ce qui inclut la diffusion en ligne de programmes, l’article L 216-1 doit être interprété à la lumière de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information dont l’article 3, § 2 enjoint aux États membres de l’Union européenne d’accorder aux organismes de radiodiffusion *“le droit exclusif d’autoriser ou d’interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l’endroit et au moment qu’il choisit individuellement : (...) d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu’elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite”* ;

Que le considérant 24 de la directive précise que *“le droit de mettre à la disposition du public des objets protégés qui est visé à l’article 3, paragraphe 2, doit s’entendre comme couvrant tous les actes de mise à la disposition du public qui n’est pas présent à l’endroit où l’acte de mise à disposition a son origine et comme ne couvrant aucun autre acte”* ;

Qu’il s’ensuit qu’à la lumière de la directive 2001/29/CE, l’entreprise de communication audiovisuelle bénéficie du droit d’autoriser la mise à la disposition du public en ligne et à la demande de ses programmes ;

Considérant qu’il n’est pas contesté, voire même au contraire revendiqué, que la SAS Playmédia diffuse sur son site Internet, en direct et intégralement l’ensemble des chaînes de la SA France Télévisions depuis le 09 juillet 2009, date de sa première déclaration au CSA où elle écrit *“PLAYMEDIA diffuse gratuitement en streaming par le biais d’un site internet*

www.playtv.fr les chaînes de télévision énoncé (sic) ci-dessous” et vise expressément l’ensemble des chaînes du service public de télévision (France 2, France 3, France 4, France 5, France Ô) ou, en tout état de cause, au moins depuis son communiqué de presse du 27 janvier 2010 où elle déclare expressément offrir “un bouquet de chaînes de télévision d’une grande diversité de programmes à travers 5 thématiques (Information, Voyage, Musique, Sport et Jeunesse), des chaînes de France Télévision (en gras dans le communiqué) aux prometteuses web-tv et télévisions régionales” ;

Que cette diffusion des programmes de la SA France Télévisions a également été constatée par constats d’huissier de justice sur Internet des 25-26 mars 2013, 27 juin 2013, 08 octobre 2013, 26 janvier 2014 et 22 octobre 2014 ;

Considérant en conséquence qu’en diffusant depuis juillet 2009 et en tout état de cause depuis au plus tard janvier 2010, l’ensemble des programmes de la SA France Télévisions sans son autorisation, la SAS Playmédia a porté atteinte à ses droits voisins d’entreprise de communication audiovisuelle et s’est ainsi rendue coupable d’actes de contrefaçon en application des dispositions de l’article L 335-4 du code de la propriété intellectuelle ; que le jugement entrepris sera donc confirmé de ce chef ;

La contrefaçon des droits d’auteur :

Considérant que la SA France Télévisions fait valoir que les constats d’huissier de justice des 25 et 26 mars 2013 et du 08 octobre 2013 ont permis de relever la diffusion en streaming de programmes alors en cours de diffusion sur plusieurs de ses chaînes, expressément énumérés aux pages 21 et 22 du jugement entrepris, auxquelles le présent arrêt se réfère expressément ;

Qu’elle expose être titulaire des droits d’auteur sur ces programmes soit parce qu’ils ont été produits ou coproduits par elle, soit parce qu’ils ont fait l’objet de contrats de cession de droits de diffusion emportant cession des droits de communication au public, notamment sur Internet ;

Qu’elle fait encore valoir que ces programmes sont tous éligibles à la protection par le droit d’auteur, leur originalité n’ayant pas été contestée par la SAS Playmédia et que leur diffusion non autorisée sur son site playtv constitue autant d’actes de contrefaçon de ses droits d’auteur au sens de l’article L 335-3 du code de la propriété intellectuelle ;

Considérant que la SAS Playmédia, aux pages 46 à 49 de ses conclusions qui répondent d’une façon globale aux demandes en contrefaçon de la SA France Télévision, n’articule pas de moyens spécifiques concernant la titularité des droits d’auteur de la SA France Télévision sur les programmes revendiqués par celle-ci, ni leur originalité et, partant, leur protégeabilité au titre des droits d’auteur ;

Que son argumentation générale repose en effet sur la revendication du “*must carry*” pour diffuser les programmes de la SA France Télévision et du refus de celle-ci, qualifié de fautif, de conclure un accord de diffusion de ces programmes, demandes dont elle est déboutée par le jugement et le présent arrêt ;

Considérant ceci exposé, que c’est par des motifs pertinents et exacts en droit et en fait, que la cour adopte, que les premiers juges ont relevé qu’il résultait des constats d’huissier

susvisés que la SAS Playmédia avait diffusé en streaming aux dates de ces constats les émissions de jeu, programmes d'information, documentaires, films, séries ou magazines suivants : "Toute une histoire", "Famille d'accueil", "Allô docteur", "Urgences", "Abismo de pasión", "Le jour où tout a basculé", "Des chiffres et des lettres", "Les derniers rois et chamanes de l'Arunach", "ooooO", "Mot de passe", "Journal télévisé", "C à vous", "FBI : portés disparus", "Chante !", "Sergio Tempo concert anniversaire Monsieur Chung", "Chabada", "Les aventures d'un gentleman voyageur", "Faut pas rater ça", "Terre violente", "Un village français" et que la SA France Télévision justifiait bien être titulaire des droits d'auteur attachés à ces programmes en sa qualité de producteur ou coproducteur ou au regard des actes de cession versés aux débats ;

Que le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a jugé que la SAS Playmédia avait ainsi commis des actes de contrefaçon des droits d'auteur de la SA France Télévisions sur ces oeuvres audiovisuelles dont la diffusion a été constatée par les constats d'huissier des 25 et 26 mars 2013 et 08 octobre 2013 ;

La contrefaçon des droits voisins du producteur de vidéogrammes :

Considérant que la SA France Télévision expose bénéficiaire, sur l'ensemble des oeuvres audiovisuelles diffusées qu'elle produit elle-même ou coproduit, des droits voisins du producteur de vidéogrammes reconnus aux producteurs d'oeuvres audiovisuelles par l'article L 215-1 du code de la propriété intellectuelle, la communication au public couvrant également la diffusion à destination du public sur le réseau Internet ;

Qu'elle fait ainsi valoir que les diffusions relevées des programmes produits par elle, déjà visés au titre du droit d'auteur, constituent autant d'actes de contrefaçon de ses droits de producteur de vidéogramme au sens de l'article L 335-4 du code de la propriété intellectuelle ;

Considérant que la SAS Playmédia n'articule pas davantage de moyens spécifiques concernant la contrefaçon des droits voisins du producteur de vidéogrammes ;

Considérant que l'article L 215-1 du code de la propriété intellectuelle dispose :

“ Le producteur de vidéogrammes est la personne physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence d'images sonorisées ou non. L'autorisation du producteur de vidéogrammes est requise avant toute reproduction, mise à la disposition du public par la vente, l'échange ou le louage, ou communication au public de son vidéogramme.”

Considérant que c'est par des motifs pertinents et exacts en droit et en fait, que la cour adopte, que les premiers juges ont relevé que la SAS Playmédia ne contestait pas la titularité des droits de producteur de vidéogrammes de la SA France Télévisions sur les programmes susvisés au titre du droit d'auteur et qu'en diffusant ces programmes sans l'autorisation de cette dernière, elle avait commis des actes de contrefaçon des droits voisins de producteur de vidéogrammes dont la SA France Télévisions est titulaire ; que le jugement entrepris sera donc confirmé de ce chef ;

La contrefaçon des marques dont la SA France Télévisions est propriétaire :

Considérant que la SA France Télévision expose être titulaire des marques françaises et communautaires, régulièrement renouvelées pour désigner des produits et services des classes 9, 16, 18, 24, 25, 28, 35, 38, 41 et 42, suivantes :

- marque semi-figurative communautaire “france 2” (en blanc dans un quadrilatère rouge) n° 002 599 959 déposée le 26 juin 2003,
- marque verbale communautaire “FRANCE 2” n° 000 684 704 déposée le 30 octobre 2000,
- marque semi-figurative française “france 2” (en blanc dans un quadrilatère rouge) n° 3 822 290 déposée le 11 avril 2011,
- marque verbale française “F2” n° 99 783 655 déposée le 23 mars 1999,
- marque semi-figurative communautaire “france 3” (en blanc dans un quadrilatère bleu) n° 002 599 975 déposée le 26 août 2003,
- marque verbale communautaire “FRANCE 3” n° 002 364 172 déposée le 30 octobre 2002,
- marque semi-figurative française “France 3” n° 92 401 175 déposée le 14 janvier 1992,
- marque verbale française “FRANCE 4” n° 3 064 498 déposée le 15 novembre 2000,
- marque semi-figurative communautaire “france 5” (en blanc dans un quadrilatère vert) n° 002 567 287 déposée le 07 avril 2004,
- marque verbale communautaire “FRANCE 5” n° 002 544 427 déposée le 08 juillet 2003,
- marque semi-figurative française “france Ô” (en blanc dans un quadrilatère orange) n° 3 822 286 déposée le 11 avril 2011,
- marque semi-figurative française “france ô” n° 3 822 127 déposée le 08 avril 2011 ;

Qu’elle fait valoir que la SAS Playmédia a utilisé, de manière continue, ses marques sur les pages de son site *playtv.fr* ainsi que cela ressort des procès-verbaux de constat d’huissier, sur la page d’accueil du service et sur les pages dédiées aux programmes des chaînes concernées ;

Qu’elle en conclut que ces utilisations constituent des actes de contrefaçon de ces marques dans la mesure où elles sont associées à des services contrefaits ;

Considérant que la SAS Playmédia soutient que l’affichage des logos des chaînes sur les programmes de télévision constitue un usage courant lié à l’identification rapide des chaînes et à l’information nécessaire du public, sans lien avec une exploitation commerciale, et ne constitue pas une utilisation contrefaisante ;

Qu’elle ajoute que tous les médias et supports qui publient les programmes de télévision à venir accompagnent, sans autorisation, l’identité de la chaîne de son logo pour un meilleur

repérage par le téléspectateur, ce qui constitue une référence nécessaire au sens de l'article L 713-6 du code de la propriété intellectuelle ;

Qu'elle soutient que le site de programmes exploité par la SA France Télévisions étant l'un de ses nombreux concurrents, cette société a agi abusivement en contrefaçon de marques, dans un but exclusif de concurrence déloyale, créant ainsi une distorsion de concurrence par l'isolement de la SAS Playmédia, seule grille de programmes de télévision en France interdite d'utilisation des logos des chaînes de France Télévisions ;

Considérant ceci exposé, qu'il est constant que les marques susvisées sont notamment déposées pour désigner des produits et services des classes 38 et 41 concernés par les activités de la SAS Playmédia (en particulier : *diffusion de programmes de télévision par tous moyens, émissions télévisées, éditions d'oeuvres audiovisuelles, représentation de divertissements télévisés, montages de programmes de télévision*) ;

Que les procès-verbaux de constat d'huissier de justice précités, notamment celui des 25 et 26 mars 2013, attestent de la reproduction des logos des chaînes de la SA France Télévision correspondant aux marques communautaires n° 002 599 959, 000 684 704, 002 599 975, 002 364 172, 002 567 287 et 002 544 427 et aux marques françaises n°3 822 290, 92 401 175, 3 064 498, 3 822 286 et 3 822 127 en page d'accueil du site *playtv.fr* ainsi que sur chaque page du site correspondant à la chaîne concernée ;

Considérant que si l'article 12, sous c) du règlement (UE) n° 207/2009 du 26 février 2009 du Conseil sur la marque communautaire et l'article L 713-6, sous b) du code de la propriété intellectuelle pour les marques françaises disposent que l'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, cet usage de la marque par un tiers non autorisé doit avoir pour seul but d'indiquer la destination de produits ou services eux-mêmes licites ;

Qu'en l'espèce dans la mesure où il est jugé que la diffusion en direct par le SAS Playmédia sur son site *playtv.fr* des émissions de la SA France Télévisions est constitutive d'actes de contrefaçon ainsi qu'analysé plus haut, la reproduction sur ce site des marques dont la SA France Télévisions est titulaire, pour désigner ces services contrefaisants est elle-même illicite et constitutive d'actes de contrefaçon de marques communautaires au sens de l'article 9, § 1, sous a) et b) du règlement (UE) n° 207/2009 et d'actes de contrefaçon de marques françaises au sens de l'article L 713-2 du code de la propriété intellectuelle ;

Que le jugement entrepris sera donc confirmé en ce qu'il a dit que la SAS Playmédia a commis des actes de contrefaçon des marques communautaires et françaises susvisées ;

Les mesures réparatrices :

Considérant que la SA France Télévisions conclut à la confirmation du jugement entrepris en ce qui concerne les mesures d'interdiction ordonnées sous astreinte ;

Qu'en ce qui concerne le montant des dommages et intérêts elle fait valoir que son manque à gagner peut être calculé par rapport au chiffre d'affaires de la SAS Playmédia généré par l'exploitation de ses programmes, celui-ci étant exclusivement fondé sur des recettes publicitaires (soit près de 4.000.000 € cumulés de janvier 2010 à novembre 2014), la part

d'audience de ses chaînes sur l'ensemble des flux diffusés sur le site avoisinant 75 %, de telle sorte que la part des revenus publicitaires liée à l'exploitation de ses chaînes est de 3.000.000 €, ce qui correspond à un manque à gagner de 2.250.000 € (après déduction du pourcentage équivalant à la commission de la régie publicitaire) ;

Qu'elle évalue son préjudice moral sur cinq années du fait de la dévalorisation de ses programmes à la somme de 300.000 € ;

Qu'elle évalue les bénéfices réalisés par la SAS Playmédia à la somme de 400.000 € sur la base d'un résultat net cumulé de 400.000 € (dont 300.000 € peuvent être attribués à l'exploitation de ses chaînes) et des économies d'investissements retirées de l'atteinte aux droits ;

Qu'en conséquence elle demande d'infirmer le jugement entrepris sur le montant des dommages et intérêts alloués, réclamant la somme de 2.900.000 € à raison des actes de contrefaçon antérieurs au 20 novembre 2014 ;

Qu'en ce qui concerne les dommages et intérêts pour l'atteinte à ses droits de marque, elle réclame la somme de 50.000 € ;

Considérant que la SAS Playmédia soutient que la SA France Télévisions ne justifie d'aucun lien de causalité direct et certain entre les prétendues contrefaçons et le préjudice invoqué et qu'à l'inverse c'est elle qui, par la plus grande visibilité offerte à France Télévisions grâce à un site procurant une meilleure qualité de visionnage, contribue à augmenter son audience et à lui permettre de pratiquer des tarifs de publicité et de parrainage plus lucratifs ;

Qu'à titre subsidiaire ce préjudice reste plus que théorique et éventuel, non justifié et qu'elle reproche aux premiers juges qui, selon elle, ne pouvaient mépriser l'autorité attachée à la chose jugée en dernier ressort par le CSA et se sont abstenus de rechercher ce que commandait le juste équilibre des droits en présence, le préjudice pouvant, à la limite, être évalué à la somme symbolique d'un euro ;

Considérant ceci exposé, que le jugement entrepris sera confirmé par adoption de ses motifs pertinents et exacts en ce qu'il a prononcé des mesures d'interdiction de reprendre et télédiffuser les programmes contrefaits et d'utiliser les marques contrefaites, et ce sous astreintes de respectivement 10.000 € et 100 € par infraction constatée ;

Qu'en ce qui concerne la fixation des dommages et intérêts au titre des actes de contrefaçon de droits d'auteur et de droits voisins, l'article L 331-1-3, 1 alinéa er du code de la propriété intellectuelle dispose que la juridiction prend en considération distinctement les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, le préjudice moral causé à la partie lésée et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels retirées de cette atteinte ;

Qu'en ce qui concerne la fixation des dommages et intérêts au titre des actes de contrefaçon de marque, l'article L 716-14 est rédigé en des termes identiques ;

Considérant qu'il sera rappelé que les décisions du CSA, qui n'ont pas un caractère juridictionnel, ne bénéficient pas d'une autorité de la chose jugée à l'égard des juridictions de l'ordre judiciaire et qu'il n'y a pas lieu à procéder dans l'évaluation des préjudices subis par la SA France Télévisions à une quelconque recherche d'un équilibre des droits en présence dans la mesure où, ainsi qu'il l'a été analysé plus haut, la SAS Playmédia ne peut revendiquer l'obligation du "*must carry*" à l'encontre de la SA France Télévision ;

Considérant en outre qu'il ne saurait sérieusement être soutenu, au demeurant sans la moindre preuve, que les actes de contrefaçon auraient en réalité été bénéfiques pour la SA France Télévisions qui en aurait retiré une augmentation de son audience lui permettant de majorer ses tarifs de publicité et de parrainage alors qu'au contraire dans la mesure où la SAS Playmédia se rémunère uniquement grâce à la publicité dite en "*play-roll*" s'affichant automatiquement avant la diffusion des programmes contrefaits, il en est nécessairement résulté pour la SA France Télévisions une perte de recettes publicitaires correspondantes ;

Que toutefois, comme l'ont relevé à juste titre les premiers juges, la SA France Télévisions ne saurait réclamer une somme calculée non pas sur la base des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits mais sur son chiffre d'affaires ;

Qu'il convient en outre de rappeler que les actes de contrefaçon causent nécessairement un préjudice moral à la partie lésée, du fait notamment de la dévalorisation des programmes de la SA France Télévisions, diffusés au sein d'une offre liée à l'insertion de publicités intrusives de nature à exaspérer l'utilisateur ;

Qu'il apparaît que c'est par des motifs pertinents et exacts en droit et en fait, que la cour adopte, que les premiers juges ont ainsi, au vu des pièces versées aux débats, évalué le préjudice subi par la SA France Télévisions au titre des actes de contrefaçon des droits d'auteur et des droits voisins à la somme de 1.000.000 €, que le jugement entrepris sera donc confirmé de ce chef ;

Qu'en ce qui concerne la réparation du préjudice subi au titre des actes de contrefaçon de marques, il apparaît également que les premiers juges, en ont fait une correcte évaluation, au vu des pièces versées aux débats, à la somme de 25.000 €, que le jugement entrepris sera donc également confirmé de ce chef ;

III : SUR LES DEMANDES EN CONTREFAÇON POUR LA PÉRIODE POSTÉRIEURE AU 20 NOVEMBRE 2014 :

Considérant que la SA France Télévision expose que la SAS Playmédia a mis en place, depuis le 20 novembre 2014, un nouveau modèle de diffusion et d'exploitation de ses chaînes, reposant, non plus sur une captation, une modification et une rediffusion de son signal hertzien ou satellite sur l'Internet, mais sur l'utilisation de liens profonds pointant vers son site *Pluzz* et permettant un accès direct et automatique à ses programmes ;

Qu'elle expose encore que si ces modalités s'accompagnent d'un "grisage" des logos constitutifs de ses marques, les marques verbales restent utilisées dans l'adresse des pages concernées sous la forme de la dénomination du lien ;

Qu'elle fait valoir que ce nouveau mode de diffusion de ses chaînes a été constaté par procès-verbal d'huissier de justice du 27 décembre 2014, ces liens ne se contentant pas de

renvoyer vers son site mais permettant directement au public d'accéder à des oeuvres déterminées ;

Qu'elle en conclut que cette nouvelle formule est tout aussi contrefaisante que l'ancienne malgré la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en matière d'hyperliens ;

Qu'elle soutient en effet que cette jurisprudence est non conforme aux textes internationaux et communautaires applicables et doit être écartée, que ses critères d'application ne permettent pas de valider le système de liens profonds mis en place par la SAS Playmédia et qu'en tout état de cause elle ne s'applique pas au droit de communication au public de l'entreprise de communication audiovisuelle, qui ne fait sur ce point l'objet d'aucune harmonisation au niveau européen ;

Qu'elle fait valoir que la fourniture de liens profonds permettant d'accéder directement à un programme protégé constitue un acte de communication au public au sens de l'article L 216-1 du code de la propriété intellectuelle et que cette communication constitue une contrefaçon de ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle ;

Qu'en réparation de cette atteinte elle présente une demande d'interdiction de ces liens profonds sous astreinte de 10.000 € par infraction constatée au terme d'un délai de 48 heures suivant la signification de l'arrêt à intervenir, ainsi que la condamnation de la SAS Playmédia à lui verser la somme de 600.000 € à titre de dommages et intérêts sur la base de 13 mois de diffusions non autorisées ;

Considérant que la SAS Playmédia réplique qu'elle ne poursuit pas la diffusion des chaînes de France Télévisions en infraction prétendue de ses droits, mais recourt à une technologie d'usage courant et reconnu sur Internet ;

Qu'en ce qui concerne le recours à cette technologie (mise à disposition des oeuvres au moyen d'un lien cliquable), elle invoque l'arrêt rendu le 13 février 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne pour estimer que la diffusion sur son site ne constitue pas une diffusion à un public nouveau, mais bien au même public, de surcroît comptabilisé au profit du même éditeur et que, faute de public nouveau, l'autorisation des titulaires du droit d'auteur ne s'impose pas à une communication à ce public ;

Considérant ceci exposé, qu'il ressort des pièces versées aux débats, en particulier du procès-verbal de constat d'huissier du 27 décembre 2014 dressé à la requête de la SA France Télévisions (pièce 43 de son dossier), ainsi que du procès-verbal de constat dressé le 24 novembre 2014 à la requête de la SAS Playmédia (pièce 108 de son dossier), que postérieurement à l'ordonnance du premier président de la cour de céans en date du 20 novembre 2014, maintenant l'exécution provisoire du jugement entrepris en ce qui concerne les mesures d'interdiction, la SAS Playmédia a mis en place sur son site *playtv.fr* une nouvelle modalité de consultation des émissions diffusées en direct par la SA France Télévisions par l'utilisation de liens dits "profonds" pointant vers le site *Pluzz* de la SA France Télévisions et permettant l'accès direct et automatiques aux programmes du service public ;

Que le caractère "profond" de ces liens relève de la technique dite de "transclusion" consistant à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un

d'eux, au moyen d'un lien Internet incorporé (dit "*in line linking*"), un élément provenant d'un autre site en dissimulant l'environnement d'origine auquel appartient cet élément, de telle sorte que ces liens ne renvoient pas vers le site *Pluzz* sur lequel les émissions peuvent être visionnées, mais permettent au public se trouvant sur le site *playtv.fr* d'accéder directement à des oeuvres déterminées et de les visionner sur ce site après affichage d'une publicité insérée par la SAS Playmédia en "*play-roll*" ;

Considérant que la SAS Playmédia se prévaut de la licéité de ces mises à disposition au regard du droit d'auteur et des droits voisins en invoquant l'arrêt rendu le 13 février 2014 par la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans son arrêt *Nils Svensson* a dit pour droit que "*l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens que ne constitue pas un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture sur un site Internet de liens cliquables vers des oeuvres librement disponibles sur un autre site Internet*" et que cet article "*doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre puisse protéger plus amplement les titulaires d'un droit d'auteur en prévoyant que la notion de communication au public comprend davantage d'opérations que celles visées à cette disposition*" ;

Que le 21 octobre 2014, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son ordonnance *BestWater International GmbH*, a également dit pour droit que "*le seul fait qu'une oeuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la «transclusion» («framing»), telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifiée de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dans la mesure où l'oeuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine*" ;

Considérant que si l'article 280 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que "*les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont force exécutoire dans les conditions fixées à l'article 299*", il convient de relever que dans ces deux décisions la Cour de justice de l'Union européenne ne s'est prononcée que sur l'interprétation du premier paragraphe de l'article 3 de la directive, lequel ne concerne que le droit d'auteur et que c'est d'ailleurs dans le seul cadre d'actions en revendications de droits d'auteur que la juridiction européenne a été saisie ;

Considérant que la SA France Télévision n'agit, pour les faits postérieurs au 20 novembre 2014, qu'en contrefaçon de ses droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle, lesquels relèvent du deuxième paragraphe de l'article 3 de la directive tel que cité plus haut, et non pas en contrefaçon de droits d'auteur, de telle sorte que l'arrêt *Nils Svensson* et l'ordonnance *BestWater International GmbH* ne sont pas applicables aux faits de l'espèce ;

Que la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *C-More Entertainment AB* du 26 mars 2015 a dit pour droit que "*l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale*

étendant le droit exclusif des organismes de radiodiffusion visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard d'actes de communication au public que pourraient constituer des transmissions de rencontres sportives réalisées en direct sur Internet, tels que ceux en cause au principal, à condition qu'une telle extension n'affecte pas la protection du droit d'auteur" ;

Que la Cour de justice de l'Union européenne précise ainsi aux points 30 et 31 de son arrêt que si le législateur de l'Union a souhaité harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public et supprimer l'insécurité juridique qui entoure la nature et le niveau de protection des actes de transmission à la demande ainsi que mettre en place une protection harmonisée au niveau de l'Union européenne pour ce type d'acte, en revanche *"ni l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29 ni aucune autre disposition de celle-ci n'indiquent que le législateur de l'Union ait souhaité harmoniser et, par conséquent, prévenir ou supprimer d'éventuelles disparités entre les législations nationales, s'agissant de la nature et de l'ampleur de la protection que les États membres pourraient reconnaître aux titulaires de droits visés à cet article 3, paragraphe 2, sous d), à l'égard de certains actes, tels ceux en cause au principal, qui ne sont pas expressément visés à cette dernière disposition" ;*

Qu'il s'ensuit d'une part que la notion de "communication à un public nouveau" par le biais de liens profonds telle que définie par l'arrêt *Nils Svensson* et l'ordonnance *BestWater International GmbH* ne s'applique pas à la protection des droits voisins des entreprises de communication audiovisuelle et d'autre part que le législateur français peut reconnaître aux titulaires de ces droits voisins, une protection non expressément visée par la directive 2001/29/CE ;

Qu'ainsi en vertu des dispositions de l'article L 216-1 du code de la propriété intellectuelle, interprété à la lumière de l'article 3, § 2 de la directive 2001/29/CE, la SA France Télévision, en sa qualité d'entreprise de communication audiovisuelle, bénéficie du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public en ligne et à la demande de ses programmes, y compris par le recours à des liens profonds par la technique de la "transclusion" ;

Considérant en conséquence qu'en permettant depuis le 20 novembre 2014, sur son site *playtv.fr*, d'accéder aux programmes diffusés par la SA France Télévisions depuis son propre site *Pluzz* grâce à des liens profonds et à la technique de la "transclusion", sans l'autorisation de cette société, la SAS Playmédia a porté atteinte aux droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle dont est titulaire la SA France Télévisions ;

Qu'ajoutant au jugement entrepris, il sera donc jugé que par cette atteinte, la SAS Playmédia s'est rendue coupable, postérieurement au 20 novembre 2014, d'actes de contrefaçon des droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle dont est titulaire la SA France Télévisions ;

Considérant que pour mettre fin à ces actes de contrefaçon et prévenir leur renouvellement, il sera fait interdiction à la SAS Playmédia d'insérer sur son site *playtv.fr* ou tout site qui lui serait substitué, des liens profonds permettant un accès direct aux programmes constitutifs des chaînes France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô, et ce sous astreinte provisoire d'une durée de six mois, de 10.000 € par infraction constatée passé un délai de 48 heures suivant la signification du présent arrêt ;

Que la cour se réserve la liquidation de cette astreinte ;

Considérant que sur la base de 13 mois de diffusions non autorisées et au regard de l'évaluation faite pour la période antérieure au 20 novembre 2014, la cour dispose d'éléments suffisants pour fixer le montant des dommages et intérêts au titre de ces actes de contrefaçon à la somme de 200.000 € que la SAS Playmédia sera condamnée à payer à la SA France Télévisions ;

IV : SUR LES DEMANDES EN CONCURRENCE DÉLOYALE :

Considérant que la SA France Télévisions expose être éditrice du service "*Pluzz*", accessible en ligne à l'adresse et sur d'autres plate formes, permettant de regarder gratuitement, en streaming, pendant 7 jours, les programmes des 38 chaînes du groupe France Télévisions, en ce comprises les 24 déclinaisons régionales de France 3 et les 9 chaînes outre-mer (télévision dite de rattrapage) ;

Qu'elle expose encore que ce service est visé au titre de ses missions de service public à l'article 22 de son cahier des charges et que les contenus sont ainsi diffusés conformément aux accords individuels et collectifs conclus avec les producteurs des contenus audiovisuels concernés ;

Qu'elle indique fonder ses griefs de concurrence déloyale liés au fonctionnement de la partie "*télévision de rattrapage*" du site *playtv.fr*, sur le risque de confusion entretenu sur ce site quant à l'origine du service proposé et sur le caractère nécessairement déloyal d'une exploitation associée à une diffusion contrefaisante de ses programmes ;

Qu'elle soutient que ces comportements anticoncurrentiels consistent dans des faits distincts des actes de contrefaçon, mais s'inscrivant au soutien ou dans le prolongement des actes de contrefaçon dont ils bénéficient, et sont nécessairement fautifs au sens des articles 1382 et 1383 du code civil ;

Qu'elle conclut à l'infirmité du jugement qui l'a déboutée de ses demandes en concurrence déloyale, demandant qu'il soit fait interdiction à la SAS Playmédia d'exploiter, notamment par l'insertion de liens profonds, son service de télévision de rattrapage "*Pluzz*" à partir de son site *playtv.fr* ou de tout site opérant dans des conditions similaires qui lui serait substitué, sous astreinte de 10.000 € par infraction constatée au terme d'un délai de 48 heures suivant la signification de l'arrêt à intervenir ;

Qu'elle demande également la condamnation de la SAS Playmédia à lui verser la somme de 300.000 € à titre de dommages et intérêts à ce titre ;

Considérant que la SAS Playmédia réplique qu'aucun internaute n'ignore que le service de rattrapage d'émissions de télévision est mis en ligne par les éditeurs des chaînes et qu'il ne peut y avoir de concurrence déloyale lorsque l'accès à un service tiers est gratuitement donné et que, sous réserve de la qualité moindre des images, le spectateur visionne les programmes du site de rattrapage tels qu'il les visionnerait en accès direct ;

Considérant ceci exposé qu'il ressort du procès-verbal de constat d'huissier sur Internet du 27 juin 2013 (pièce 15-1 du dossier de la SA France Télévisions) que sur la page d'accueil du site *playtv.fr* un onglet "*Replay*" permet d'accéder à une page proposant de "*revoir les*

programmes télé en replay”, en particulier les programmes des chaînes de télévision diffusées par la SA France Télévisions ;

Qu’en cliquant sur un des programmes de ces chaînes proposés au titre de la télévision de rattrapage, une page comportant le logo du site playtv suivi d’une vidéo publicitaire se lance automatiquement (pratique du “*pré-roll*”) avant la rediffusion sur le site *pluzz.francetv.fr* du programme ainsi choisi ; que l’huissier de justice a effectué ses constatations portant sur l’ensemble des chaînes du service public ;

Considérant que le fait de devoir passer par plusieurs pages portant le logo de *PlayTV* et une publicité vidéo sans aucune référence au site *Pluzz* de la SA France Télévisions avant de pouvoir accéder à la télévision de rattrapage de ce site (au demeurant inscrit en petits caractères en bas de la fenêtre) entretient dans l’esprit de l’internaute l’impression que ce service de télévision de rattrapage est produit et fourni par la SAS Playmédia sur son site *playtv.fr* ; qu’en effet il n’est pas démontré, comme l’affirment les premiers juges, que l’internaute “*sait très bien que le service de télévision de rattrapage proposé par le site playtv.fr est nécessairement celui de la société défenderesse [France Télévisions]*” ;

Considérant d’autre part que le service de diffusion d’émissions audiovisuelles au titre de la télévision de rattrapage est distinct de celui de diffusion des programmes en simultané et en direct, constitutif des actes de contrefaçon reprochés à la SAS Playmédia ;

Que ce service est associé aux activités contrefaisantes de la SAS Playmédia et bénéficie de la clientèle ainsi attirée illicitement sur le site *playtv.fr* pour visionner en direct les programmes diffusés par la SA France Télévisions ;

Que ces faits distincts de ceux reprochés au titre de la contrefaçon, constituent dès lors des actes de concurrence déloyale engageant la responsabilité civile de la SAS Playmédia sur le fondement des dispositions de l’article 1382 du code civil ;

Considérant en conséquence que le jugement entrepris sera infirmé en ce qu’il a débouté la SA France Télévisions de sa demande en concurrence déloyale et que, statuant à nouveau de ce chef, il sera fait interdiction à la SAS Playmédia, dans les conditions énoncées au dispositif du présent arrêt, de poursuivre ces actes de concurrence déloyale, ce sous astreinte provisoire d’une durée de six mois, de 10.000 € par infraction constatée à l’issue d’un délai de 48 heures après la signification du présent arrêt, la cour conservant la liquidation de cette astreinte ;

Que par ailleurs la cour dispose d’éléments suffisant au vu des pièces versées aux débats, pour fixer le montant des dommages et intérêts que la SAS Playmédia sera condamnée à payer à la SA France Télévision en réparation du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale, à la somme de 150.000 € ;

V : SUR LES AUTRES DEMANDES :

Considérant qu’en raison de la confirmation du jugement entrepris prononçant notamment des condamnations en paiement au préjudice de la SAS Playmédia, celle-ci ne peut qu’être déboutée de sa demande en remboursement de la totalité des sommes par elle payées à la SA France Télévision dans le cadre de la première instance ainsi que de sa demande de publication judiciaire de la décision à intervenir aux frais de la SA France Télévisions ;

Considérant que la SA France Télévisions demande pour sa part qu'il soit ordonné la publication du dispositif de l'arrêt à intervenir sur la page d'accueil du site *playtv.fr* et dans deux journaux ou périodiques professionnels à son choix et aux frais de la SAS Playmédia pour une somme maximale de 40.000 € TTC ;

Qu'elle justifie cette demande de publication en raison de la publicité donnée sur Internet par la SAS Playmédia à ses arguments et griefs contre le jugement ;

Considérant qu'il ressort en effet de la copie d'écran (dont l'authenticité n'est pas contestée) du site *nextinpact* que postérieurement au jugement entrepris, la SAS Playmédia a longuement dénoncé sur Internet ce qu'elle nomme "*l'acharnement de France Télévisions*" à son encontre et fait ainsi le choix de donner une large publicité au litige l'opposant à la SA France Télévisions alors qu'au contraire cette dernière s'est abstenue de communiquer publiquement ;

Qu'il apparaît ainsi indispensable, à titre de mesure complémentaire de réparation, d'ordonner la publication du dispositif du présent arrêt sur la page d'accueil du site *playtv.fr* et dans deux journaux ou périodiques professionnels au choix de la SA France Télévisions et aux frais de la SAS Playmédia dans la limite d'un montant de 10.000 € HT pour chaque publication ;

Considérant qu'il est équitable d'allouer à la SA France Télévisions la somme complémentaire de 50.000 € au titre des frais par elle exposés en cause d'appel et non compris dans les dépens, le jugement entrepris étant par ailleurs confirmé en ce qu'il a statué sur les frais irrépétibles de première instance ;

Considérant que la SAS Playmédia sera pour sa part, déboutée de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Considérant que la SAS Playmédia, partie perdante en son appel et tenue à paiement, sera condamnée au paiement des dépens d'appel, le jugement entrepris étant par ailleurs confirmé en ce qu'il a statué sur la charge des dépens de la procédure de première instance ;

DECISION

La Cour, statuant publiquement et contradictoirement ;

Confirme le jugement entrepris sauf en ce qu'il a débouté la SA France Télévisions de sa demande en concurrence déloyale, infirmant et statuant à nouveau de ce chef et y ajoutant :

Dit qu'en permettant l'accès en ligne sur son site *playtv.fr* aux programmes de télévision de rattrapage diffusés par la SA France Télévisions sur son site *pluzz.francetv.fr*, la SAS Playmédia a commis des actes distincts de concurrence déloyale ;

Fait interdiction à la SAS Playmédia d'exploiter, notamment par l'insertion de liens profonds, le service de télévision de rattrapage "*Pluzz*" de la SA France Télévisions à partir de son site *playtv.fr* ou de tout site opérant dans des conditions similaires qui lui serait substitué, sous astreinte provisoire d'une durée de SIX (6) MOIS de DIX MILLE EUROS

(10.000 €) par infraction constatée au terme d'un délai de QUARANTE-HUIT (48) heures suivant la signification du présent arrêt ;

Condamne la SAS Playmédia à payer à la SA France Télévisions la somme de CENT CINQUANTE MILLE EUROS (150.000 €) à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de concurrence déloyale ;

Dit qu'en permettant depuis le 20 novembre 2014, sur son site *playtv.fr*, d'accéder aux programmes diffusés par la SA France Télévisions depuis son propre site *pluzz.francetv.fr* grâce à des liens profonds et à la technique de la "transclusion", sans l'autorisation de cette

société, la SAS Playmédia s'est rendue coupable, postérieurement au 20 novembre 2014, d'actes de contrefaçon des droits voisins d'entreprise de communication audiovisuelle dont

est titulaire la SA France Télévisions ;

Fait interdiction à la SAS Playmédia d'insérer sur son site *playtv.fr* ou tout site qui lui serait substitué, des liens profonds permettant un accès direct aux programmes constitutifs

des chaînes France 2, France 3, France 4, France 5 et France Ô, et ce sous astreinte provisoire d'une durée de SIX (6) mois, de DIX MILLE EUROS (10.000 €) par infraction constatée passé un délai de QUARANTE-HUIT (48) heures suivant la signification du présent arrêt ;

Se réserve la liquidation des astreintes ainsi ordonnées ;

Condamne la SAS Playmédia à payer à la SA France Télévisions la somme de DEUX CENT MILLE EUROS (200.000 €) à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de contrefaçon postérieurs au 20 novembre 2014 ;

Déboute la SAS Playmédia de l'ensemble de ses demandes et en particulier de sa demande en remboursement de la totalité des sommes par elle payées à la SA France Télévision dans

le cadre de la première instance ainsi que de sa demande de publication judiciaire du présent

arrêt aux frais de la SA France Télévisions ;

Ordonne la publication du dispositif du présent arrêt sur la page d'accueil du site *playtv.fr* et dans deux journaux ou périodiques professionnels au choix de la SA France Télévisions et aux frais de la SAS Playmédia dans la limite d'un montant de DIX MILLE EUROS (10.000 €) HT pour chaque publication ;

Condamne la SAS Playmédia à payer à la SA France Télévisions la somme complémentaire de CINQUANTE MILLE EUROS (50.000 €) au titre des frais exposés en cause d'appel et non compris dans les dépens ;

Déboute la SAS Playmédia de sa demande en paiement au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne la SAS Playmédia aux dépens de la procédure d'appel, lesquels seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

La Cour : Benjamin Rajbaut (président de chambre), Nathalie Auroy (conseillère), Isabelle Douillet (conseillère), Karine Abelkalon (greffier)

Avocats : Me Olivier Bernheim, Me Anne Grappotte-Benetreau, Me Pascal Kamina

Annexe 11 : arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d'Allemagne le 31 mai 2016 dans l'affaire Metall auf Metall

Leitsätze

zum Urteil des Ersten Senats vom 31. Mai 2016

- 1 BvR 1585/13 -

- 1. Die von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG geforderte kunstspezifische Betrachtung verlangt, die Übernahme von Ausschnitten urheberrechtlich geschützter Gegenstände als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen. Steht dieser Entfaltungsfreiheit ein Eingriff in Urheber- oder Leistungsschutzrechte gegenüber, der die Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt, so können die Verwertungsinteressen der Rechteinhaber zugunsten der Kunstfreiheit zurückzutreten haben.**
- 2. Der Schutz des Eigentums kann nicht dazu führen, die Verwendung von gleichwertig nachspielbaren Samples eines Tonträgers generell von der Erlaubnis des Tonträgerherstellers abhängig zu machen, da dies dem künstlerischen Schaffensprozess nicht hinreichend Rechnung trägt.**
- 3. Bei der Kontrolle der fachgerichtlichen Anwendung des Rechts der Europäischen Union prüft das Bundesverfassungsgericht insbesondere, ob das Fachgericht drohende Grundrechtsverletzungen durch Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union abgewehrt hat und ob der unabdingbare grundrechtliche Mindeststandard des Grundgesetzes gewahrt ist.**

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 1585/13 -

Verkündet
am
31. Mai 2016
Wagner
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



IM NAMEN DES VOLKES

**In dem Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerde**

1. der P... GmbH,
2. des Herrn P....,
3. des Herrn H....,
4. der Frau S....,
5. des Herrn G....,
6. des Herrn O....,
7. des Herrn H....,
8. des Herrn S....,
9. des Herrn F....,
10. der Frau W....,
11. des Herrn K....,
12. der Frau T....

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Schalast & Partner,
Mendelssohnstraße 75 - 77, 60325 Frankfurt -

- gegen a) das Urteil des Bundesgerichtshofs
vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 -,
b) das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts
vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 -,
c) das Urteil des Bundesgerichtshofs
vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 -,
d) das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts
vom 7. Juni 2006 - 5 U 48/05 -,
e) das Urteil des Landgerichts Hamburg
vom 8. Oktober 2004 - 308 O 90/99 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat -
unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Vizepräsident Kirchhof,
Gaier,
Eichberger,
Schluckebier,
Masing,
Paulus,
Baer,
Britz

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. November 2015 durch

Urteil

für Recht erkannt:

1. Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 4) bis 12) wird
verworfen.

2. Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 - und vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 -, die Urteile des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 - und vom 7. Juni 2006 - 5 U 48/05 - sowie das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 8. Oktober 2004 - 308 O 90/99 - verletzen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in ihrem Grundrecht aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1, 1. Alternative des Grundgesetzes. Die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 - und vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 - sowie das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 - werden aufgehoben. Die Sache wird an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.
3. Die notwendigen Auslagen der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) haben jeweils zur Hälfte die Freie und Hansestadt Hamburg und der Bund zu erstatten.

G r ü n d e :

A.

I.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, inwieweit sich Musikschaffende bei der Übernahme von Ausschnitten aus fremden Tonträgern im Wege des sogenannten Sampling gegenüber leistungsschutzrechtlichen Ansprüchen der Tonträgerhersteller auf die Kunstfreiheit berufen können. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die fachgerichtliche Feststellung, dass die Übernahme einer zweisekündigen Rhythmussequenz aus der Tonspur des Musikstücks „Metall auf Metall“ der Band „Kraftwerk“ in zwei Versionen des Titels „Nur mir“ einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht darstelle, der nicht durch das Recht auf freie Benutzung gerechtfertigt sei.

1

1. „Sampling“ ist ein musikalisches Gestaltungsmittel der Verarbeitung von Klängen aus unterschiedlichen Tonquellen („Samples“) in einem neuen Musikstück. Mit der Entwicklung der digitalen Technologie gewann das Sampling erheblich an Bedeutung. Samples können in unterschiedlichen Zusammenhängen eingesetzt werden, wobei der Umfang der Samples von der Entnahme einzelner Klänge bis zu ganzen Musikstücken reicht und die Wiedererkennbarkeit des Originals bei der Verwendung des Sample beabsichtigt sein kann. Spezielle musikalische Gattungen, die typischerweise auf die Verwendung von Samples angelegt sind, stellen insbesondere die Toncollage, das Sample Medley, der Remix, die Coverversion und der Mashup dar. Die Herstellung und der Vertrieb von Samples sind zu einem eigenen Geschäftsfeld geworden. Von Online-Sampledatabanken können die unterschiedlichsten Samples gegen eine Gebühr zur eigenen Nutzung heruntergeladen werden.

2

2. a) Die Übernahme von Ausschnitten aus Musikstücken, die auf Tonträgern aufgezeichnet sind, kann neben Urheberrechten und Leistungsschutzrechten der aus-

3

übenden Künstler auch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers berühren. § 85 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz - UrhG) definiert dieses wie folgt:

§ 85 Verwertungsrechte

(1) Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschließliche Recht, den Tonträger zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich zugänglich zu machen. Ist der Tonträger in einem Unternehmen hergestellt worden, so gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller. Das Recht entsteht nicht durch Vervielfältigung eines Tonträgers.

(2) - (3) ...

(4) § 10 Abs. 1 und § 27 Abs. 2 und 3 sowie die Vorschriften des Teils 1 Abschnitt 8 gelten entsprechend.

Der mit der Einführung dieses Leistungsschutzrechts für Tonträgerhersteller durch das Urheberrechtsgesetz von 1965 verfolgte Zweck bestand in der Bekämpfung der Tonträgerpiraterie (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BTDrucks IV/270, S. 34: „unbefugte Nachpressen von Schallplatten“). Anders als beim Urheberrecht, das die geistige Leistung des Urhebers schützt, ist nach dem Gesetzentwurf der Schutzgegenstand des Leistungsschutzrechts gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG die im Tonträger verkörperte technische und wirtschaftliche Herstellerleistung (vgl. BTDrucks IV/270, S. 95 f.).

4

Aufgrund der Verweisung in § 85 Abs. 4 UrhG ist insbesondere das Zitatrecht (§ 51 UrhG) auf geschützte Tonträger entsprechend anwendbar. Dagegen verweist die Vorschrift nicht ausdrücklich auf die Regelung des Rechts auf freie Benutzung in § 24 UrhG. Diese lautet wie folgt:

5

§ 24 Freie Benutzung

(1) Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Benutzung eines Werkes der Musik, durch welche eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird.

§ 24 UrhG steht in unmittelbarem systematischem Zusammenhang mit dem ausschließlichen Recht des Urhebers gemäß § 23 UrhG, Bearbeitungen oder Umgestaltungen seines Werks zu veröffentlichen und zu verwerten.

6

b) Der Schutz der Rechte der Tonträgerhersteller ist auch Gegenstand völkerrechtlicher Abkommen im Bereich des Urheberrechts, insbesondere des Übereinkommens zum Schutz der Hersteller von Tonträgern gegen die unerlaubte Vervielfältigung ihrer

7

Tonträger vom 29. Oktober 1971 (Convention for the Protection of Producers of Phonograms against unauthorized Duplication of their Phonograms, UNTS 866, S. 67, BGBl 1973 II S. 1669, „Genfer Tonträger-Übereinkommen“). Dieses schützt die Tonträgerhersteller gegen die Herstellung und Verbreitung von Vervielfältigungsstücken ohne ihre Zustimmung und definiert ein Vervielfältigungsstück in Art. 1 Buchstabe c als „Gegenstand, der einem Tonträger unmittelbar oder mittelbar entnommene Töne enthält und der alle oder einen wesentlichen Teil der in dem Tonträger festgelegten Töne verkörpert“. Art. 7 Abs. 1 erlaubt den Vertragsstaaten, einen strengeren Schutz vorzusehen.

c) Im Recht der Europäischen Union räumt die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (ABl Nr. L 167 vom 22. Juni 2001, S. 10, „Urheberrechtsrichtlinie“) in Art. 2 Buchstabe c Tonträgerherstellern das ausschließliche Vervielfältigungsrecht an ihren Tonträgern ein. Das Vervielfältigungsrecht wird dabei definiert als „das ausschließliche Recht (...), die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten“. Ausdrückliche Regelungen zum Bearbeitungsrecht oder zum Recht auf freie Benutzung enthält die Urheberrechtsrichtlinie nicht. Dagegen belässt sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, enumerativ aufgezählte Schrankenregelungen einzuführen. Dazu gehören auch das Zitatrecht (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe d), das Recht auf beiläufige Einbeziehung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands in anderes Material (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe i) sowie das Recht auf Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches (Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k). Die Urheberrechtsrichtlinie findet gemäß Art. 10 Abs. 1 auf solche Werke und Schutzgegenstände Anwendung, die zum 22. Dezember 2002 nach dem Recht der Mitgliedstaaten geschützt waren. Sie berührt nach ihrem Art. 10 Abs. 2 jedoch nicht Handlungen und Rechte, die vor dem 22. Dezember 2002 abgeschlossen oder erworben wurden.

8

II.

1. Kläger des Ausgangsverfahrens sind die beiden Gründer der Musikgruppe Kraftwerk. Die Beschwerdeführerin zu 1) ist eine Musikproduktionsgesellschaft, der Beschwerdeführer zu 2) ein Sänger, Komponist und Musikproduzent, der Beschwerdeführer zu 3) Komponist und Musikproduzent. Die Beschwerdeführerin zu 4) ist Sängerin. Bei den Beschwerdeführern zu 5) bis 12) handelt es sich um Künstlerinnen und Künstler, insbesondere Komponisten, Produzenten und Sänger aus dem Bereich der Unterhaltungsmusik. Sie waren, anders als die Beschwerdeführer zu 1) bis 4), nicht am Ausgangsverfahren oder an der Entstehung und Vermarktung des Titels „Nur mir“ beteiligt.

9

1977 veröffentlichte Kraftwerk als Teil des Albums „Trans Europa Express“ den Titel „Metall auf Metall“. Produzenten des Albums sind unter anderem die Kläger, die den

10

Titel auch einspielten und für sich die Schutzrechte als Hersteller des Tonträgers in Anspruch nehmen.

1997 erschien als Teil des von der Beschwerdeführerin zu 1) produzierten Albums „Die neue S-Klasse“ der von den Beschwerdeführern zu 2) und 3) komponierte und von der Beschwerdeführerin zu 4) dargebotene Titel „Nur mir“ in den beiden Versionen „Original Album Mix“ und „Original Radio Edit“. Der Titel ist der Stilrichtung des Hip-Hop zuzuordnen. Zur Herstellung beider Versionen des Titels hatten die Beschwerdeführer zu 2) und 3) der Tonspur des Titels „Metall auf Metall“ eine Rhythmussequenz von zwei Sekunden entnommen und diese dem Titel „Nur mir“ unterlegt, wobei die Sequenz in der Geschwindigkeit um 5 % verlangsamt fortlaufend wiederholt wird („Loop“). 11

2. Die Kläger des Ausgangsverfahrens sahen durch die Übernahme der Rhythmussequenz ihre Rechte an dem Titel „Metall auf Metall“ verletzt und erhoben Klage gegen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3). Sie stützten ihre Klage unter anderem auf eine Verletzung ihrer Rechte als Tonträgerhersteller der Aufnahme. 12

Das Landgericht verurteilte die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) unter Androhung eines Ordnungsgelds dazu, den Vertrieb der beiden Versionen des Titels „Nur mir“ zu unterlassen, über die hergestellten und/oder ausgelieferten Tonträger des oben bezeichneten Albums Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen sowie sämtliche Vervielfältigungsstücke herauszugeben. Außerdem stellte es die Schadensersatzverpflichtung der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) für alle Schäden der Kläger durch Herstellung und/oder Vertrieb der Tonträger fest (LG Hamburg, Urteil vom 8. Oktober 2004 - 308 O 90/99 -, juris). Die Verurteilung stützte das Landgericht auf die Verletzung des Tonträgerherstellerrechts der Kläger aus § 85 Abs. 1 UrhG. 13

Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) im Wesentlichen zurück (Hanseatisches OLG, Urteil vom 7. Juni 2006 - 5 U 48/05 -, GRUR-RR 2007, S. 3). Nur bei der Verwendung kleinster Tonpartikel im Wege des Sampling sei eine Verletzung der Tonträgerherstellerrechte zu verneinen. Ein solcher Fall liege jedoch nicht vor. 14

3. Auf die Revision der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) hob der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurück (BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/06 -, NJW 2009, S. 770). 15

Das Berufungsgericht habe im Ergebnis mit Recht einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht angenommen. Ein solcher Eingriff sei bereits dann gegeben, wenn einem Tonträger kleinste Tonfetzen entnommen würden. Es komme nicht darauf an, ob es sich bei der Tonfolge um ein schöpferisches Werk oder eine künstlerische Darbietung handle. § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG schütze die wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung des Tonträgerherstellers. Da dieser die unternehmerische Leistung für den gesamten Tonträger erbringe, gebe es keinen Teil des Tonträgers, 16

auf den nicht ein Teil dieses Aufwands entfiel und der daher nicht geschützt wäre. Ebenso sei unerheblich, ob der Eingriff in die Rechte des Tonträgerherstellers dem Nutzer einen wirtschaftlichen Vorteil einbringe oder ihm Aufwand erspare oder dem Tonträgerhersteller einen messbaren und nachweisbaren wirtschaftlichen Nachteil zufüge. Im Übrigen werde dem Hersteller des Tonträgers durch die ungenehmigte Übernahme selbst kleinster Teile einer Tonaufnahme regelmäßig eine mit seiner unternehmerischen Leistung geschaffene Verwertungsmöglichkeit entzogen. Auch kleinste Teile von Tonaufnahmen hätten - wie der Handel mit Samples zeige - einen wirtschaftlichen Wert.

Dem Tonträgerhersteller sei nicht aus Rechtsgründen zuzumuten, im Interesse einer freien musikalischen Entwicklung generell auf einen Leistungsschutz für kleinste Teile von Tonaufnahmen zu verzichten. Es sei nicht zu befürchten, dass die musikalische Entwicklung in vielen Musikbereichen schlagartig zum Erliegen komme, wenn den Berechtigten insoweit Leistungsschutz gewährt werde. 17

Die Revision rüge jedoch mit Erfolg, dass das Berufungsgericht nicht geprüft habe, ob sich die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) hinsichtlich des Eingriffs in das Tonträgerherstellerecht der Kläger auf das Recht zur freien Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG berufen könnten, das im Fall der Benutzung eines fremden Tonträgers grundsätzlich entsprechend anwendbar sei. Eine Rechtfertigung des Eingriffs scheidet jedoch aus, wenn derjenige, der die auf einem fremden Tonträger aufgezeichneten Töne oder Klänge für eigene Zwecke verwenden wolle, imstande sei, diese selbst herzustellen. 18

4. Nach Fortsetzung des Berufungsverfahrens wies das Oberlandesgericht die Berufung der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) erneut zurück, da diese sich nicht auf § 24 Abs. 1 UrhG berufen könnten (Hanseatisches OLG, Urteil vom 17. August 2011 - 5 U 48/05 -, ZUM 2011, S. 748). Zwar stelle der Titel „Nur mir“ ein selbständiges Werk dar, das den erforderlichen Abstand zu dem Originaltonträger aufweise. Die durchgeführte Beweisaufnahme habe aber ergeben, dass die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in der Lage gewesen seien, die übernommene Sequenz in gleichwertiger Weise selbst herzustellen. Aus den Darlegungen zweier als Zeugen vernommener Privatgutachter ergebe sich, dass ein durchschnittlich ausgestatteter Musikproduzent im Jahr 1997 in der Lage gewesen sei, einen dem Original gleichwertigen Nachbau der entnommenen Sequenz in ein bis zwei Tagen selbst herzustellen. 19

5. Die gegen dieses Urteil erhobene Revision der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) wies der Bundesgerichtshof zurück (BGH, Urteil vom 13. Dezember 2012 - I ZR 182/11 -, NJW 2013, S. 1885). Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) hätten durch die Übernahme der Rhythmussequenz von zwei Sekunden das Tonträgerherstellerecht der Kläger verletzt und könnten sich dabei nicht auf ein Recht zur freien Benutzung berufen. 20

Der Senat halte an seiner Auffassung fest, dass eine entsprechende Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG nicht in Betracht komme, wenn es möglich sei, die auf dem Tonträger aufgezeichnete Tonfolge selbst einzuspielen. In diesem Fall rechtfertige 21

der Zweck des § 24 Abs. 1 UrhG, eine Fortentwicklung des Kulturschaffens zu ermöglichen, nicht den Eingriff in die unternehmerische Leistung des Tonträgerherstellers. Die insofern unterschiedlichen Maßstäbe für die freie Benutzung von Musikwerken einerseits und Tonträgern andererseits stünden nicht im Widerspruch zum Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, da die entsprechenden Schutzrechte unterschiedliche Schutzgegenstände hätten. Auch mit Blick darauf, dass das Sampling von Musiksequenzen als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen sei, verlange Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG bei durch Sampling von Tonfolgen geschaffenen Kunstwerken keinen weiteren Anwendungsbereich des § 24 Abs. 1 UrhG als bei nichtkünstlerischen Musikwerken.

Die Schranken der Kunstfreiheit ergäben sich unter anderem aus dem Schutz des geistigen Eigentums und hier insbesondere des Leistungsschutzrechts des Tonträgerherstellers. Auch das Eigentum sei allerdings nicht schrankenlos gewährleistet, vielmehr sei im Bereich des Urheberrechts lediglich die grundsätzliche Zuordnung der vermögenswerten Seite dieses Rechts zum Rechtsinhaber geboten. Sachgerechte Maßstäbe für die Grenzen dieses Schutzes ergäben sich beispielsweise aus den Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG und der Vorschrift des § 24 UrhG. Dabei könne die geforderte kunstspezifische Betrachtung es verlangen, solchen Bestimmungen im Wege der Auslegung zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der für Kunstwerke weiter sei als bei nichtkünstlerischen Werken.

22

Bei der danach vorzunehmenden Interessenabwägung könne zugunsten der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) unterstellt werden, dass die Verwendung von Samples in der Musikbranche mittlerweile weit verbreitet sei und sich die entlehrende Bezugnahme zu einer eigenen Stilrichtung entwickelt habe. Diese tatsächliche Entwicklung gebiete es jedoch auch bei einer kunstspezifischen Betrachtung nicht, dass Musikproduzenten bei ihrem künstlerischen Schaffen sich die durch § 85 Abs. 1 UrhG geschützte wirtschaftliche Leistung der Tonträgerhersteller ohne deren Einwilligung und damit ohne Vergütung zu eigen machen dürften, wenn es ihnen möglich sei, die begehrte Tonfolge ohne Eingriff in deren Rechte selbst herzustellen. Zum einen sei in diesem Fall keine unangemessene Behinderung der kulturellen Fortentwicklung zu befürchten. Zum anderen lasse sich der Kunstfreiheit kein Schutz des - unter Umständen auch von eigenen wirtschaftlichen Interessen geprägten - künstlerischen Schaffens zu denkbar günstigsten wirtschaftlichen Konditionen auf Kosten unternehmerischer Leistungen Dritter entnehmen. Die Unsicherheit bei der Beurteilung der Übernahme einer Tonfolge in analoger Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG sei hinzunehmen, da sie durch den Erwerb entsprechender Rechte, die eigene Herstellung der Tonaufnahme oder aber das Absehen von einer Übernahme vermieden werden könne.

23

Die Revision wende sich erfolglos gegen die vom Berufungsgericht herangezogenen Maßstäbe zur Beurteilung der Frage, ob es möglich sei, eine Tonfolge selbst einzuspielen. Das Berufungsgericht sei im Ergebnis mit Recht davon ausgegangen, dass die Übernahme der Rhythmussequenz nicht deshalb gestattet sei, weil der

24

Nachbau dieser Sequenz nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme einen Zeitraum von zwei Tagen in Anspruch genommen hätte. Es komme grundsätzlich nicht darauf an, ob dem Musikproduzenten die Herstellung einer solchen Tonaufnahme zumutbar sei.

III.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer im Wesentlichen eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG (Kunstfreiheit) und aus Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz). 25

1. Beim Sampling würden nicht Kompositionen oder Texte übernommen, sondern entnommene Teile wie ein neues Instrument genutzt. Durch das Zusammenspiel des Sample mit zahlreichen anderen Tonpartikeln entstehe eine Tonaufnahme, die mit der alten Quell-Tonaufnahme nichts mehr zu tun habe. Die Entnahme musikalischen Materials aus anderen Tonaufnahmen im Wege des Sampling und die Gestaltung einer individualisierten Medienmontage seien Teil der Musikkultur des Hip-Hop, für die entscheidend sei, dass direkt auf phonographische Ursprungsdokumente zurückgegriffen werde und die übernommenen Passagen nicht nur nachgebaut seien. 26

Die Qualifizierung der Übernahme kleinster Tonfetzen als Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht greife in die Kunstfreiheit der Beschwerdeführer ein. Ihnen werde verboten, Tonpartikel aus anderen Tonaufnahmen zu entnehmen und bei der Herstellung neuer Tonaufnahmen zu verwenden. Dadurch werde es ihnen unmöglich, sich mit Tonaufnahmen der Vergangenheit musikalisch auseinanderzusetzen, welche die heutige Popmusik, insbesondere die elektronische Musik, maßgeblich geprägt hätten. 27

Dieser Eingriff sei nicht gerechtfertigt. Die angegriffenen Entscheidungen verfehlten die kunstspezifische Betrachtung, der zufolge gerade beim Sampling bewusst und gewollt auf die bekannte Tonsequenz zum Zweck der künstlerischen Auseinandersetzung und Fortentwicklung Bezug genommen werde. Das Tonträgerherstellerrecht gewähre lediglich ein Recht auf angemessene Verwertungsmöglichkeit, nicht aber eine Monopolisierung kurzer Tonausschnitte. 28

Der Eingriff in die Kunstfreiheit sei auch nicht damit zu rechtfertigen, dass die Leistung des Tonträgerherstellers auch im kleinsten Aufnahmeteil enthalten sei und somit selbst Tonteile absolut geschützt sein sollten. Schließlich müsse bei allen Schutzrechten der Teilschutz vom gesetzgeberischen Zweck getragen sein. Die verwandten Schutzrechte seien gegenüber dem urheberrechtlichen Werk akzessorisch, weshalb nur gegen ein Sample vorgegangen werden könne, das zugleich eine Urheberrechtsverletzung darstelle. Dem Interesse der Rechteinhaber vor Einbußen der wirtschaftlichen Verwertung stehe das durch die Kunstfreiheit geschützte Interesse der Kunstschaffenden gegenüber, ohne die Gefahr von Eingriffen finanzieller oder inhaltlicher Art in einen künstlerischen Dialog und Schaffensprozess zu vorhandenen Werken treten zu können. 29

Die Beschränkung der Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG durch die Voraussetzung, dass es an der gleichwertigen Nachspielbarkeit fehlen müsse, komme einem absoluten Entnahmeverbot gleich. Dies verunsichere die Kunstschaffenden derart darüber, ob ihr Tun Leistungsschutzrechte verletze, dass die Gefahr der Illegalität sie nachhaltig von musikalischer Auseinandersetzung und Fortentwicklung abschrecke. Die Verkennung des schöpferischen Entstehungsprozesses stelle einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Wirk- und Werkbereich der Kunstfreiheit dar. Durch die Bezugnahme auf das gesampelte Werk werde gerade der Originalkontext für die Auseinandersetzung und Fortentwicklung gesucht, nicht dessen Substitution. Dadurch unterscheide sich das Sample vom Plagiat. 30

Die Inanspruchnahme fremden Schaffens sei gerechtfertigt, wenn eine neue eigenschöpferische Leistung das kulturelle Gesamtgut bereichere. In der Kultur der Collagekunst würden Vervielfältigungen von Originalwerken in ein neues Kunstwerk hineingesetzt, und niemand komme auf die Idee, diese Neuschöpfungen durch Urheber- oder Leistungsschutzrechte zu verhindern. § 24 UrhG solle gerade die kulturelle Fortentwicklung fördern und eine bewusste Anlehnung an bereits Geschaffenes ermöglichen. 31

2. Die Beschwerdeführer machen daneben eine Verletzung in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG dadurch geltend, dass die Gerichte ohne sachlichen Grund für Leistungsschutzrechte neue ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzungen aufgestellt und angewandt hätten, die für Urheberrechte nicht gälten. 32

IV.

Zu der Verfassungsbeschwerde haben die Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg, die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V., die Bundesrechtsanwaltskammer, der Deutsche Anwaltverein e.V., der Deutsche Musikrat e.V., der Deutsche Rock & Pop Musikerverband e.V., der Bundesverband Musikindustrie e.V., der Verband unabhängiger Musikunternehmen e.V., die Digitale Gesellschaft e.V. und die Kläger des Ausgangsverfahrens Stellung genommen. 33

1. Nach Angaben der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) ist das Sampleclearing, also die Klärung der Rechte und die Lizenzierung, für Laien kompliziert und kostenintensiv. Eine Entspannung deute sich dort an, wo frei lizenzierte Samples zur Verfügung stünden. Eine allgemeine Verweigerung der Künstler auf die Nutzung von Sampledatenbanken hätte allerdings zur Folge, dass vor allem mittelmäßige Samples verwendet würden. 34

Die Antwort auf die Frage, ob das Sampling kurzer Sequenzen vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht erfasst sei, werde vom Urheberrechtsgesetz ebenso wie von den einschlägigen völker- und unionsrechtlichen Vorschriften nicht zwingend vorgegeben. Eine am Schutzzweck orientierte Auslegung des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG spreche eher für eine Ausnahme; die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei 35

aber insofern wegen der unterschiedlichen Schutzgegenstände von Urheber- und Tonträgerherstellerecht zumindest vertretbar. Die vom Bundesgerichtshof im Rahmen von § 24 UrhG erörterte Problematik hätte nach Auffassung der Vereinigung durch eine entsprechende Heranziehung des Zitatrechts besser gelöst werden können.

Das Kriterium der Nachspielbarkeit sei insbesondere bei der Verwendung mehrerer Samples in einem Stück problematisch. Die Konsequenz, dass gerade komplexere Tonaufnahmen weniger gegenüber Sampling geschützt würden, sei kurios. Indem der Bundesgerichtshof auf die Schwierigkeit der Nachahmung der ursprünglichen Tonaufnahme abstelle, knüpfe er die Entscheidung an ein Kriterium, das mit der Erzeugung der Musik selbst zu tun habe und nicht mit der geschützten kaufmännisch-organisatorischen Investition des Tonträgerherstellers. Anders als in Pirateriefällen komme es beim Sampling nicht zu einem direkten Wettbewerb zwischen ursprünglichem und nachfolgendem Tonträger; eine Beeinträchtigung bestehe lediglich in der Tatsache, dass der Hersteller des Originaltonträgers keine Lizenzgebühren erhalte. Ob diese ihm zustünden, gelte es aber überhaupt erst zu ermitteln. 36

Zur Beurteilung nach europäischem Unionsrecht führt die Vereinigung aus, dass das Vervielfältigungsrecht durch Art. 2 der Urheberrechtsrichtlinie vollständig harmonisiert worden sei. Ob der Gerichtshof der Europäischen Union auch Vervielfältigungen von Tonfetzen als vom Leistungsschutzrecht erfasst ansähe, sei angesichts seines flexiblen ökonomischen Ansatzes zur Bestimmung des Schutzgegenstandes fraglich. Bei einer entsprechenden Vorlage könne der Gerichtshof bei dieser Frage auch die Grundrechte berücksichtigen. 37

Die Beurteilung des Sampling anhand von § 24 UrhG müsse sich an Art. 2 der Urheberrechtsrichtlinie messen lassen, da nach vorherrschender Ansicht im deutschen Schrifttum § 24 UrhG eine Begrenzung des Schutzgegenstandes des Urheberrechts beziehungsweise Tonträgerherstellerechts zur Folge habe und systematisch keine Schrankenregelung darstelle. Für eine Lösung über das Zitatrecht stelle Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie den Maßstab nach Unionsrecht dar. Da die darin enthaltenen Schrankenregelungen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kohärent und unionsweit einheitlich auszulegen seien, stehe eine Determinierung des deutschen Rechts insofern außer Zweifel. 38

2. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält die Verfassungsbeschwerde für begründet. Gerade der Musik des Hip-Hop gehe es darum, sich mit alten und bekannten Klängen auseinanderzusetzen und diese in einen neuen, aktuellen musikalischen Kontext zu stellen. Das Finden einzigartiger, unverbrauchter Originale aus dem unbegrenzten Medienarchiv sei dabei ein zentraler Teil der künstlerischen Arbeit. Beim Sampling sei aus einer Technologie, die anfangs nur zur Simulation akustischer Instrumente entwickelt worden sei, ein künstlerisches Verfahren geworden, das inzwischen selbst als Inspirationsquelle für eine Musikergeneration diene. 39

Das faktische Verbot des Sampling durch den Bundesgerichtshof stelle einen Ein- 40

griff in die Kunstfreiheit dar, weil sich Sampling nicht im technischen Vorgang der Anfertigung einer elektronischen Kopie von Tonpartikeln erschöpfe, sondern selbst eine freie schöpferische Gestaltung darstelle. Eine kunstspezifische Betrachtung verbiete es, die Künstler auf das Nachspielen der entnommenen Sequenzen zu verweisen; denn die Verwendung des Originals sei beim Sampling wesentlicher Bestandteil des künstlerischen Ausdrucks.

3. Dagegen sieht der Deutsche Anwaltverein die Kunstfreiheit nicht als verletzt an. Die Einschränkungen bei der entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG auf das Tonträgerherstellerrecht gingen auf die Besonderheiten seines Schutzgegenstandes zurück. Die wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistungen des Tonträgerherstellers könnten aufgrund des Fortschritts der digitalen Technik von Dritten leicht übernommen werden. 41

4. Der Deutsche Musikrat sieht in der Vorgabe, bei der Musikproduktion nicht auf bestehende Einspielungen zurückzugreifen, sondern eigene Einspielungen vorzunehmen, prinzipiell einen Gewinn für die musikalische Produktion. Eine Beteiligung der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller an den durch die Verwertung ihrer Aufnahmen durch Sampling erzielten Erlösen sei verfassungsrechtlich zwingend geboten. 42

5. Nach Auffassung des Deutschen Rock & Pop Musikerverbandes spielt Sampling in Deutschland und vor allem international eine große Rolle. Das Erfordernis, übernommene Sequenzen selbst einzuspielen oder die Übernahme mit dem Tonträgerhersteller zu klären, schränke die musikalische Produktion enorm ein, da sowohl die Rechtklärung als auch die Anfertigung sequenzidentischer Tonproduktionen sehr zeitaufwendig seien. 43

6. Nach Angaben des Bundesverbandes Musikindustrie ist die Sampling-Technologie aus der heutigen Musikproduktion nicht mehr wegzudenken. In Großbritannien und den Vereinigten Staaten existierten für die Lizenzierung von Samples sogar eigene Dienstleister. Gerade die Komplexität vermeintlich simpler Klänge gehöre zu den Gründen, die ursprünglich zu einem eigenen Schutz des Tonträgerherstellers geführt hätten. Empfänden die Künstler die Neuerzeugung eines Sounds als zu aufwendig, sei ein Rechteerwerb vorzusehen. Auch in anderen Kreativbranchen gelte die Regel „Selber machen oder bezahlen“. Dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade Vorlagen, die objektiv nicht selbständig nachgeschaffen werden könnten, ohne Zustimmung des Rechteinhabers verwendet werden dürften, stelle den Gehalt des § 24 UrhG geradezu auf den Kopf. 44

Zu den Einnahmen der Tonträgerhersteller aus der Erteilung von Sampling-lizenzen lägen keine segmentierbaren Zahlen vor, sie seien aber jedenfalls nicht unerheblich. Äußerst relevant seien auch die Einnahmen oder Einnahmehancen für die Lizenzierung von Internetplattformen wie Youtube, auf denen nichtprofessionelle Nutzer selbst generierte Inhalte mit urheberrechtlich geschütztem Material einstellen könnten (sogenannter „user-generated content“). Bei der Kalkulation „gewöhnlicher“ 45

Tonträgerproduktionen sei regelmäßig nicht absehbar, ob und in welchem Umfang sie künftig von Dritten zu Samplingzwecken genutzt würden. Die Position gehöre aber zu den klassischen Zweitverwertungen, die für Tonträgerhersteller eine außerordentlich große Bedeutung hätten. Eine erhebliche Zahl neuer Musikproduktionen müsse unterbleiben, wenn ihnen dauerhaft Zweitverwertungseinkommen aus der Samplelizenzierung entzogen werde.

7. Der Verband unabhängiger Musikunternehmen hält die Klärung der Nutzungsgenehmigung von Samples für problematisch: Rechtssicher könne sie nur von erfahrenen Anwälten durchgeführt werden, was zu Transaktionskosten führe; häufig sei es praktisch schwierig, die Rechteinhaber zu finden, und die Verhandlungen mit ihnen könnten scheitern. Für viele Musikunternehmen sei das Sampleclearing geübte Praxis, es gebe Kriterien für die Höhe der Lizenzgebühren wie etwa die Intensität der Samplennutzung und die Bekanntheit des Originals. Die Einnahmen durch die Vergabe von Samplennutzungsrechten seien für alle Produzenten ein notwendiger Baustein ihrer Finanzierung neuer Produktionen. Die Ausnahme des § 24 Abs. 1 UrhG sei aufgrund der Prämissen des Bundesgerichtshofs für die Praxis kaum relevant. Professionelle Produzenten verwendeten Samples nur, wenn sie gegenüber den Rechteinhabern rechtlich geklärt seien. 48

8. Die Digitale Gesellschaft legt dar, dass den digitalen Technologien und der Vernetzung auf dem Gebiet der Produktion und Verbreitung kultureller, insbesondere medialer Inhalte eine transformierende Kraft zukomme. Kulturgüter entstünden nicht mehr allein oder auch nur vorwiegend im Rahmen eines professionellen, auf Gewinnerzielung gerichteten Prozesses, sondern häufig durch Laien. Diese Entwicklung habe soziokulturelle Phänomene wie beispielsweise den Remix oder den Mashup hervorgebracht, die sich in der digitalen Generation mittlerweile als selbstverständliche Kommunikations- und Ausdrucksmittel etabliert hätten. Dabei stehe stets die kreative Kopie im Sinne einer Bearbeitung und Abwandlung bereits existierender Inhalte im Mittelpunkt. 47

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs trage dieser Entwicklung in keiner Weise Rechnung. Es werde für Laien unmöglich, im Rahmen eigenen künstlerischen Schaffens auf vorhandene Tonaufnahmen zurückzugreifen. In der Netzkultur etablierte Praktiken würden weitestgehend illegalisiert und dadurch das gesetzgeberische Ziel des § 24 UrhG, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und der Möglichkeit einer kulturellen Fortentwicklung herzustellen, verfehlt. Sampleclearing verursache extrem hohe Transaktionskosten. Da es kein zentrales Verzeichnis für Samples gebe, sei zunächst eine aufwendige Recherche erforderlich; eventuelle Lizenzkosten seien von den Künstlern oft nicht finanzierbar. Wegen der hohen Rechtsrisiken und Transaktionskosten sei die wirtschaftliche Bedeutung von Samplelizenzierungen gering und allenfalls für größere Produzenten nutzbar. 48

9. Die Kläger des Ausgangsverfahrens gehen davon aus, dass der Übernahme der 49

Sequenz aus dem Titel „Metall auf Metall“ in das Werk „Nur mir“ eine reine Materialfunktion zukomme, die allein dem Zweck gedient habe, den zeitlichen und finanziellen Aufwand für eine eigene Produktion zu vermeiden. Die legale Möglichkeit eines Musikzitats, das eine musikalische Auseinandersetzung mit dem Vorbestehenden hinreichend ermögliche, komme deshalb vorliegend nicht in Betracht.

Die Verfassungsbeschwerde sei unbegründet. Tonträgerherstellerrechte seien als Eigentum gemäß Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Inhalt und Schranken des Tonträgerherstellerrechts würden allein durch § 85 UrhG bestimmt, der keine Beschränkungen im Hinblick auf kleinste Tonpartikel oder auf eine Messbarkeitsschwelle hinsichtlich der wirtschaftlichen Beeinträchtigung enthalte. Als Schranken seien allein die §§ 44a ff. UrhG vorgesehen, nicht jedoch das Recht auf freie Benutzung. Dessen analoge Anwendung durch den Bundesgerichtshof stelle eine unzulässige richterliche Rechtsfortbildung dar. 50

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit sei bereits nicht eröffnet, da diese nicht die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung erlaube. Die Beschwerdeführer seien auf einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht insbesondere deshalb nicht angewiesen, weil sie auch selbst in der Lage gewesen wären, die Rhythmussequenz in gleichwertiger Weise nachzuspielen. 51

V.

In der mündlichen Verhandlung haben die Beschwerdeführer und die Kläger des Ausgangsverfahrens Stellung genommen; außerdem hat sich die Bundesregierung geäußert. Als Sachkundige haben die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, der Bundesverband Musikindustrie, der Verband unabhängiger Musikunternehmen und die Digitale Gesellschaft ihre schriftlichen Stellungnahmen vertieft und ergänzt; zudem hat sich Professor S. von der Popakademie Baden-Württemberg geäußert. 52

1. Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass kleinste Tonfetzen nicht vom Schutz des Tonträgerherstellerrechts erfasst sind. Dies sei zum einen systemwidrig, da kleinste Tonfetzen keine urheberrechtlich geschützten Werke darstellen könnten. Wenn Urheber damit weitergehende Eingriffe hinnehmen müssten, könne für Tonträgerhersteller nichts anderes gelten. Gegen den Schutz kleinster Tonfetzen durch § 85 UrhG bestünden auch verfassungsrechtliche Bedenken. Die Nutzung solcher Tonfetzen könne die Verwertung des ursprünglichen Tonträgers nicht behindern. Die Verwertungsinteressen der Tonträgerhersteller hätten jedenfalls bei kürzeren Tonsequenzen beim Fehlen konkreter wirtschaftlicher Nachteile zurückzustehen. 53

2. Der Beschwerdeführer zu 2) hat ausgeführt, ihm sei bei der Entstehung des Titels „Nur mir“ nicht bewusst gewesen, dass die übernommene Rhythmussequenz aus dem Tonträger des Titels „Metall auf Metall“ stamme. Er arbeite mit einem Archiv, das zahlreiche Samples enthalte. Irgendwann wisse man nicht mehr, welches Sample 54

woher komme. Bei der Übernahme des konkreten Sample sei es ihm um die Kälte seines Klanges gegangen. Es gehe den Beschwerdeführern nicht darum, für die Verwendung von Samples prinzipiell nicht zu zahlen, sondern darum, nicht vorher bei den Tonträgerherstellern um Erlaubnis fragen zu müssen. Ein gerichtlich überprüfbarer angemessener Ausgleich für die Tonträgerhersteller im Nachhinein sei bedenkenswert. Er habe sich mit dem Anliegen einer außerprozessualen Rechtklärung telefonisch an die Prozessbevollmächtigte der Kläger gewandt. Diese hätten an einer solchen Klärung jedoch kein Interesse gehabt.

3. Die Kläger des Ausgangsverfahrens haben vorgetragen, dass zahlreiche Künstler gerade aus den Vereinigten Staaten und Großbritannien bei ihnen bereits um Erlaubnis für die Verwendung von Samples aus Kraftwerktiteln in eigenen Stücken gefragt hätten. Über die Bedeutung der Einnahmen aus der Samplelizenzierung hätten sie sich zum Zeitpunkt der Entstehung des Titels „Metall auf Metall“ keine Gedanken gemacht; inzwischen spielten diese Einnahmen eine erhebliche Rolle. Sie wenden sich dagegen, dass durch die Beschwerdeführer ohne ihre Einwilligung ein Ausschnitt aus einem schwierigen Schaffensprozess zu rein kommerziellen Zwecken entnommen worden sei.

55

4. Nach den Ausführungen von Professor S. ist der Einsatz des Sampling für die Musikrichtung des Hip-Hop unerlässlich. Die Nachproduktion oder Verwendung von nachgespielten Samples beispielsweise aus Sample-CDs sei für die Musikschaaffenden sinnlos, da dies ideell etwas anderes darstelle als die Übernahme von Originalen. In anderen Musikbereichen wie dem Mainstream-Pop oder dem Schlager würden Samples auch zur Abkürzung von Produktionsprozessen und damit zur Profitmaximierung eingesetzt. Im Nachhinein sei aber eine Unterscheidung, ob die Verwendung eines Sample zur Auseinandersetzung mit dem Original oder aus Kostengründen erfolgt sei, nach verlässlichen Kriterien kaum möglich.

56

Ein Sampleclearing sei für Musikschaaffende in der Regel kaum praktikabel, da es keine objektiven Kriterien für die Höhe der Gebühren gebe und viele Anfragen ins Leere gingen oder zu enormen Forderungen führten. Abmahnungen wegen nicht genehmigter Samplenutzungen hätten bei Musikproduzenten zu einem Klima der Angst geführt. Bildlich gesprochen sitze der Rechtsanwalt oft mit im Studio. Grund für die derzeitige Verschlechterung der Monetarisierung musikalischen Schaffens sei nicht das Verwenden von Samples, sondern das Streaming im Internet. Ein eigenes Nachspielen gelinge selbst professionellen Künstlern nur bedingt, oft jedenfalls nicht so, dass das Ergebnis aus der Sicht des jeweiligen Künstlers mit dem Original identisch sei.

57

B.

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) ist zulässig, die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 4) bis 12) unzulässig.

58

I.

Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) rügen in zulässiger Weise eine Verletzung in ihrer Kunstfreiheit. Neben den Beschwerdeführern zu 2) und 3) als Komponisten kann sich auch die Beschwerdeführerin zu 1) als Musikproduktionsgesellschaft auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen. Soweit es zur Herstellung der Beziehungen zwischen Künstler und Publikum der publizistischen Medien bedarf, sind auch die Personen durch die Kunstfreiheitsgarantie geschützt, die eine solche vermittelnde Tätigkeit ausüben (BVerfGE 119, 1 <22>). Da es gerade um die Mittlerfunktion geht, die auch von einem Unternehmen wahrgenommen werden kann, ist die Kunstfreiheit insofern gemäß Art. 19 Abs. 3 GG ihrem Wesen nach auch auf die Beschwerdeführerin zu 1) als inländische juristische Person des Privatrechts anwendbar. 50

Soweit die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) eine Verletzung in ihrem Grundrecht auf Gleichbehandlung durch Verstoß gegen ein Verbot der Besserstellung von Tonträgerherstellern gegenüber Urhebern behaupten, sind sie davon nicht selbst betroffen, weil die angegriffenen Entscheidungen sie nicht in ihrer Stellung als Inhaber von Urheberrechten belasten (vgl. BVerfGE 129, 49 <68 f.>; 132, 72 <81 f. Rn. 21>). 60

II.

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu 4) bis 12) ist hingegen unzulässig. 61

Die Beschwerdeführerin zu 4) hat nicht ausreichend dargelegt, den Anforderungen des Grundsatzes der Subsidiarität entsprechend alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergriffen zu haben, um - insbesondere durch Beteiligung am Ausgangsverfahren als Nebenintervenientin gemäß §§ 66, 67 ZPO - eine Grundrechtsverletzung durch die Fachgerichte zu verhindern (vgl. BVerfGE 73, 322 <325>; 112, 50 <60>; 134, 106 <115 Rn. 27>; 138, 261 <271 Rn. 23>). 62

Die Verfassungsbeschwerde der ebenfalls nicht am Ausgangsverfahren beteiligten Beschwerdeführer zu 5) bis 12) ist unzulässig, da sie durch die angegriffenen Entscheidungen nicht selbst und unmittelbar in ihren Rechten betroffen sind. Eine nur faktische Beeinträchtigung im Sinne einer Reflexwirkung reicht hierfür nicht aus (vgl. BVerfGE 13, 230 <232 f.>; 78, 350 <354>; 108, 370 <384>). Richtet sich eine Verfassungsbeschwerde wie hier gegen gerichtliche Entscheidungen, kann sich die Beschwer - selbst wenn die Beschwerdeführer am Ausgangsverfahren beteiligt waren - in aller Regel nur aus dem Tenor der Entscheidung ergeben. Rechtsausführungen sowie nachteilige oder als nachteilig empfundene Ausführungen in den Gründen einer Entscheidung allein begründen keine Beschwer. Es ist auch keiner der Ausnahmefälle einschlägig (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Juli 2015 - 2 BvR 2292/13 -, NZA 2015, S. 1117 <1119 Rn. 48 ff.>). 63

C.

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, soweit sie zulässig ist. 64

Die gesetzliche Regelung in § 85 Abs. 1 Satz 1 und § 24 Abs. 1 UrhG ist zwar verfassungsgemäß. Insbesondere belässt sie den Gerichten bei ihrer Auslegung und Anwendung auf Fälle des Sampling hinreichenden Spielraum, um einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem durch die Kunstfreiheit geschützten Recht auf künstlerische Auseinandersetzung mit vorhandenen Tonträgern einerseits und den durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Eigentumsrechten der Tonträgerhersteller andererseits herzustellen (I). Dies ist im Ausgangsverfahren jedoch nicht im erforderlichen Maße beachtet worden; denn die Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorschriften in den angegriffenen Entscheidungen trägt der Kunstfreiheit der Beschwerdeführer nicht hinreichend Rechnung (II). 65

I.

Die den angegriffenen Urteilen zugrunde gelegten gesetzlichen Vorschriften über das Tonträgerherstellerecht (§ 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG) und das Recht auf freie Benutzung (§ 24 Abs. 1 UrhG) sind mit der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG und dem Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar. Sie berücksichtigen als generelle Regelungen hinreichend die Rechte der Tonträgerhersteller an ihrem geistigen Eigentum einerseits und die künstlerische Betätigungsfreiheit bei der Nutzung von Tonträgern andererseits. 66

1. Die Regelungen über das Tonträgerherstellerecht und über die freie Benutzung betreffen in ihrem Zusammenwirken zum einen das Eigentumsrecht der Tonträgerhersteller, zum anderen die Kunstfreiheit von Nutzern der Tonträger. 67

Die Kunstfreiheit schützt die künstlerische Betätigung selbst („Werkbereich“), darüber hinaus aber auch die Darbietung und Verbreitung des Kunstwerks, die sachnotwendig für die Begegnung der Öffentlichkeit mit dem Werk sind („Wirkbereich“, vgl. BVerfGE 67, 213 <224>; 119, 1 <21 f.>). Es kann die künstlerische Betätigungsfreiheit der Musikschaffenden beeinträchtigen, dass Tonträgerherstellern in § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG ein Schutzrecht auch hinsichtlich der Vervielfältigung und Verbreitung der von ihnen produzierten Tonträger zugesprochen wird und Dritten daher eine zustimmungsfreie Nutzung dieser Tonträger bei der Herstellung von Kunstwerken nur unter den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen - nach den angegriffenen Entscheidungen unter anderem in § 24 Abs. 1 UrhG - gestattet ist. 68

Umgekehrt beschränkt die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Nutzung von Tonträgern ohne Zustimmung ihres Herstellers diesen in seiner Eigentumsfreiheit. Art. 14 Abs. 1 GG schützt das geistige Eigentum, insbesondere das Urheberrecht (vgl. BVerfGE 31, 229 <240>; 129, 78 <101>; 134, 204 <224 f. Rn. 72>), und dabei auch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG (vgl. BVerfGE 81, 12 <16>). 69

2. Die Einräumung von dem Urheberrecht verwandten Leistungsschutzrechten sowie die Ausgestaltung ihrer Reichweite und Grenzen dienen als privatrechtliche Regelungen dem Ausgleich widerstreitender Interessen. Insoweit handelt es sich nicht um einseitige Eingriffe des Staates in die Freiheitsausübung Privater, sondern um einen Ausgleich, bei dem die Freiheit der einen mit der Freiheit der anderen in Einklang zu bringen ist. Dabei kollidierende Grundrechtspositionen sind hierfür in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (vgl. BVerfGE 89, 214 <232>; 129, 78 <101 f.>; 134, 204 <223 Rn. 68>).

70

Entsprechend kann die hierbei vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung und Abwägung nicht allein aus der Perspektive eines einzelnen Grundrechts vorgenommen werden, sondern hat sich auf den Ausgleich zwischen gleichberechtigten Grundrechtsträgern zu beziehen. Will der Gesetzgeber einen solchen Ausgleich den Gerichten im Einzelfall überantworten, genügt es, wenn diese auf der Grundlage der maßgeblichen Vorschriften die Möglichkeit haben, zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der kollidierenden Rechtsgüter zu gelangen (vgl. BVerfGE 115, 205 <235>; 134, 204 <223 Rn. 69>). Eine Grundrechtsverletzung durch die gesetzliche Regelung kann nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen der Gegenseite in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann (vgl. BVerfGE 97, 169 <176 f.>; 134, 204 <224 Rn. 70>).

71

Der Gesetzgeber hat dem Tonträgerhersteller ebenso wie dem Urheber das vermögenswerte Ergebnis seiner Leistung, den Tonträger vervielfältigen und verbreiten zu dürfen, im Wege privatrechtlicher Normierung zugeordnet. Der grundgesetzlich geschützte Kern dieses Leistungsschutzrechts ist die Freiheit des Herstellers, in eigener Verantwortung unter Ausschließung anderer über dieses Recht zu verfügen (vgl. BVerfGE 81, 12 <16>). Es ist im Einzelnen Sache des Gesetzgebers, im Rahmen der inhaltlichen Ausgestaltung des Leistungsschutzrechts nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sachgerechte Maßstäbe festzulegen, die eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen (vgl. BVerfGE 31, 229 <240 f.>; 79, 1 <25>; 129, 78 <101>). Dabei hat er einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfGE 21, 73 <83>; 79, 1 <25>; 79, 29 <40>; 129, 78 <101>; 134, 204 <223 f. Rn. 70>).

72

Insofern ist zu differenzieren zwischen Beschränkungen des Verfügungsrechts des Urhebers oder Tonträgerherstellers, die leichter mit Gemeinwohlgründen zu rechtfertigen sind, und solchen des Verwertungsrechts, die nur durch ein gesteigertes öffentliches Interesse gerechtfertigt werden können (vgl. BVerfGE 31, 229 <243>; 49, 382 <400>; 79, 29 <41>). Das heißt indes nicht, dass der Gesetzgeber das Verfügungsrecht aufgrund jedweden staatlichen oder politischen Interesses entziehen darf. Denn historisch und wirtschaftlich stellt es für den Rechteinhaber das Mittel dar, mit dem Interessierten vor der Nutzung eine Vergütung aushandeln zu können. Ist die

73

Nutzung bereits erfolgt, ist die Verhandlungsposition des Rechteinhabers geschwächt. Ein gesetzlich festgelegter nachträglicher Vergütungsanspruch ist daher stets nur Ersatz (vgl. BVerfGE 31, 229 <243>; 79, 29 <41>).

Allerdings gebietet die Eigentumsgarantie auch nicht, dem Tonträgerhersteller jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen (vgl. BVerfGE 81, 12 <17>; 129, 78 <101>). Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen; er muss von Verfassungs wegen nur sicherstellen, dass das, was dem Leistungsschutzrechtsinhaber „unter dem Strich“ verbleibt, noch als angemessenes Entgelt für seine Leistung anzusehen ist (vgl. BVerfGE 79, 29 <42>).

Neben den Eigentumsinteressen der Urheber und Leistungsschutzrechtsinhaber hat der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Reichweite und Grenzen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verankerten Freiheit der Kunst hinreichend Rechnung zu tragen, die von ihm auch im Verhältnis von Privaten zueinander zu berücksichtigen ist. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Verfügungsrecht des Urhebers oder Tonträgerherstellers, da dieses seinem Inhaber die Rechtsmacht verleiht, gemäß § 97 Abs. 1 UrhG auf Unterlassung der widerrechtlichen Nutzung und Beseitigung der Beeinträchtigung zu klagen sowie damit künstlerische Werke durch staatliche Gerichte verbieten zu lassen (vgl. BVerfGE 119, 1 <21>).

3. Diesen Anforderungen werden die gesetzlichen Vorschriften des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG und des in den angegriffenen Entscheidungen zu dessen Einschränkung entsprechend herangezogenen § 24 Abs. 1 UrhG in ihrem Zusammenwirken gerecht. Sie geben den mit ihrer Auslegung und Anwendung betrauten Gerichten hinreichende Spielräume, um zu einer der Verfassung entsprechenden Zuordnung der künstlerischen Betätigungsfreiheit einerseits und des eigentumsrechtlichen Schutzes des Tonträgerherstellers andererseits zu gelangen.

Die grundsätzliche Anerkennung eines Leistungsschutzrechts zugunsten des Tonträgerherstellers in § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG, das den Schutz seiner wirtschaftlichen, organisatorischen und technischen Leistung zum Gegenstand hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/08, Metall auf Metall I -, NJW 2009, S. 770 <771>), ist auch mit Blick auf die Beschränkung der künstlerischen Betätigungsfreiheit verfassungsrechtlich unbedenklich. Insbesondere schließt sie eine Berücksichtigung der durch das Grundgesetz gewährleisteten Kunstfreiheit nicht aus. Die objektive Entscheidung für die Freiheit der Kunst kann bereits bei der Auslegung des Umfangs und der Reichweite des Schutzrechts berücksichtigt werden, da § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG insoweit Raum zur Auslegung belässt. Ebenso kann der Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit gegenüber der Befugnis der Hersteller, andere von der Nutzung ihrer Tonträger auszuschließen, unter Berufung auf die in § 85 Abs. 4 UrhG für anwendbar erklärten Urheberrechtsschranken sichergestellt werden oder auch - wie in den angegriffenen Entscheidungen - durch eine entsprechende Anwen-

dung des Rechts auf freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/06, Metall auf Metall I -, NJW 2009, S. 770 <772>).

Umgekehrt führt allein die Möglichkeit von Künstlerinnen und Künstlern, sich unter näher bestimmten Umständen, wie hier unter entsprechender Heranziehung des § 24 Abs. 1 UrhG, auf ein Recht auf freie Benutzung von Tonträgern im Sinne des § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG zu berufen, nicht schon grundsätzlich zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung des durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Kerns des Tonträgerherstellerechts. Es ist nicht ersichtlich, dass bereits durch die grundsätzliche Zulässigkeit erlaubnis- und entschädigungsfreier Nutzungen einzelner Sequenzen von Tonträgern zur Schaffung eines neuen Werks eine Situation geschaffen wird, in der eine angemessene Vergütung der Leistung der Tonträgerhersteller insgesamt nicht mehr gewährleistet wäre.

78

Mit den Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist auch, dass § 24 Abs. 1 UrhG durch den Verzicht auf eine entsprechende Vergütungsregelung neben dem Verfügungsrecht der Urheber oder Tonträgerhersteller auch ihr Verwertungsrecht beschränkt. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die enge Ausnahmeregelung in § 24 Abs. 1 UrhG nicht durch eine Vergütungspflicht zu ergänzen, die den Urheber oder Tonträgerhersteller an den Einnahmen teilhaben ließe, die im Rahmen der freien Benutzung seines Werks oder Tonträgers erst in Verbindung mit der schöpferischen Leistung eines anderen entstehen könnten, hält sich in den Grenzen des dem Gesetzgeber zustehenden Gestaltungsspielraums.

79

Dem Gesetzgeber wäre es allerdings zur Stärkung der Verwertungsinteressen auch nicht von vornherein verwehrt, das Recht auf freie Benutzung mit einer Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung zu verknüpfen. Hierbei könnte er der Kunstfreiheit beispielsweise durch nachlaufende, an den kommerziellen Erfolg eines neuen Werks anknüpfende Vergütungspflichten Rechnung tragen. Auch ohne Vergütungsregelung lässt die gesetzliche Regelung aber ausreichend Spielraum, um hier die Verwertungsinteressen des Tonträgerherstellers bei der Bestimmung der Reichweite des Rechts auf freie Benutzung zu berücksichtigen und ihm - unabhängig vom Einzelfall - „unter dem Strich“ ein angemessenes Entgelt für seine Leistung zu belassen (vgl. BVerfGE 79, 29 <42>). Die Zulässigkeit einer freien Benutzung von Tonträgern zu künstlerischen Zwecken ist nicht gleichbedeutend mit der generellen Zulässigkeit des erlaubnis- und vergütungsfreien Sampling. So bleibt es im Falle nichtkünstlerischer Nutzungen bei der Lizenzierungspflicht. Zudem erlaubt § 24 Abs. 1 UrhG eine freie Benutzung auch nur, soweit ein hinreichender Abstand des Werks zu der entnommenen Sequenz oder zum Originaltonträger insgesamt besteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2009 - I ZR 112/06, Metall auf Metall I -, NJW 2009, S. 770 <773>; zum Abstand bei Laufbildern BGHZ 175, 135 <143> - TV Total).

80

II.

Dagegen verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in ihrer durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Freiheit der künstlerischen

81

Betätigung.

1. a) Die Zivilgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung des Urheberrechts die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung zwischen dem Eigentumsschutz der Tonträgerhersteller und den damit konkurrierenden Grundrechtspositionen nachzuvollziehen und dabei unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen zu vermeiden (vgl. BVerfGE 89, 1 <9>; 129, 78 <101 f.>). Sind bei der Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Normen mehrere Deutungen möglich, so verdient diejenige den Vorzug, die den Wertentscheidungen der Verfassung entspricht (vgl. BVerfGE 8, 210 <221>; 88, 145 <166>; 129, 78 <102>) und die die Grundrechte der Beteiligten möglichst weitgehend in praktischer Konkordanz zur Geltung bringt. Der Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Normen ist nicht auf Generalklauseln beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle auslegungsfähigen und -bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften (vgl. BVerfGE 112, 332 <358>; 129, 78 <102>).

Dabei gibt das Grundgesetz den Zivilgerichten regelmäßig keine bestimmte Entscheidung vor. Die Schwelle eines Verstoßes gegen Verfassungsrecht, den das Bundesverfassungsgericht zu korrigieren hat, ist erst dann erreicht, wenn die Auslegung der Zivilgerichte Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte, insbesondere vom Umfang ihres Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind, insbesondere weil darunter die Abwägung der beiderseitigen Rechtspositionen im Rahmen der privatrechtlichen Regelung leidet (vgl. BVerfGE 129, 78 <102>; 134, 204 <234 Rn. 103>).

b) Die Kunstfreiheit ist in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG zwar vorbehaltlos, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Die Schranken ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten anderer Rechtsträger, aber auch aus sonstigen Rechtsgütern mit Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 30, 173 <183>; 67, 213 <228>; 83, 130 <139>; 119, 1 <23 f.>). Der eigentumsrechtliche Schutz des Tonträgerherstellerrechts aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG (vgl. BVerfGE 81, 12 <16>) stellt eine solche Schranke dar.

Auch bei der Auslegung und Anwendung dieser privatrechtlichen Vorschrift gebietet jedoch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eine kunstspezifische Betrachtung (vgl. BVerfGE 119, 1 <27>). Dabei sind Intensität und Ausmaß der Auswirkungen der verschiedenen Auslegungs- und Anwendungsvarianten auf die betroffenen Rechtsgüter beider Parteien zu ermitteln und bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Die kunstspezifische Betrachtung verlangt, bei der Auslegung und Anwendung der urheberrechtlichen Ausnahmeregelungen die Übernahme fremder Werkausschnitte in eigene Werke als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen und damit diesen Vorschriften für Kunstwerke zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der weiter ist als bei einer anderen, nichtkünstlerischen Nutzung (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, Germania 3 -, NJW 2001, S. 598 <599>). Bei der rechtlichen Bewer-

tung der Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken steht dem Interesse der Urheberrechtsinhaber, die Ausbeutung ihrer Werke ohne Genehmigung zu fremden kommerziellen Zwecken zu verhindern, das durch die Kunstfreiheit geschützte Interesse anderer Künstler gegenüber, ohne finanzielle Risiken oder inhaltliche Beschränkungen in einen Schaffensprozess im künstlerischen Dialog mit vorhandenen Werken treten zu können. Steht der künstlerischen Entfaltungsfreiheit ein Eingriff in die Urheberrechte gegenüber, der die Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt, so können die Verwertungsinteressen der Urheberrechtsinhaber zugunsten der Freiheit der künstlerischen Auseinandersetzung zurückzutreten haben (so bereits BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, *Germania* 3 -, *NJW* 2001, S. 598 <599>). Diese Grundsätze gelten auch für die Nutzung von nach § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG geschützten Tonträgern zu künstlerischen Zwecken.

c) Somit gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des geistigen Eigentums zum einen nicht, dem Tonträgerhersteller jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen, sondern soll lediglich sicherstellen, dass ihm insgesamt ein angemessenes Entgelt für seine Leistung verbleibt. Zum anderen steht ein Werk mit der Veröffentlichung nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung, sondern tritt bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann damit zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden. Da es sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löst und geistiges und kulturelles Allgemeingut wird, muss der Urheber hinnehmen, dass es stärker als Anknüpfungspunkt für eine künstlerische Auseinandersetzung dient (vgl. BVerfGE 79, 29 <42>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, *Germania* 3 -, *NJW* 2001, S. 598 <599>). Dies hat für das Tonträgerherstellerrecht an urheberrechtlich geschützten Werken genauso zu gelten. Hierin drückt sich die Sozialbindung des geistigen Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 2 GG aus (vgl. BVerfGE 79, 29 <40>; 81, 12 <17 f.>).

87

2. Nach diesen Maßstäben verletzen die angegriffenen Entscheidungen die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit. Die Beschwerdeführer können sich auf die Kunstfreiheit berufen, die durch die angegriffenen Entscheidungen beeinträchtigt wird (a). Die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über das Tonträgerherstellerrecht aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG und über das Recht auf freie Benutzung aus § 24 Abs. 1 UrhG in den angegriffenen Entscheidungen beruhen auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Kunstfreiheit, der bei der erforderlichen Abwägung mit den Eigentumsinteressen der Tonträgerhersteller nicht das ihr zukommende Gewicht beigemessen wird (b).

88

a) Die beiden streitgegenständlichen Versionen des Titels „Nur mir“ stellen Kunstwerke im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dar, denn es handelt sich um freie schöpferische Gestaltungen, in denen Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse der Künstler durch das Medium einer bestimmten Formensprache, hier der Musik, zur Anschauung gebracht werden (vgl. BVerfGE 30, 173 <188 f.>; 67, 213 <226>; 75, 389 <377>;

89

119, 1 <20 f.>).

Die angegriffenen Entscheidungen betreffen die Beschwerdeführer unmittelbar im Wirkungsbereich dieser Kunstwerke, indem insbesondere der Vertrieb der beiden Versionen von „Nur mir“ verboten wird. Sie haben aber auch Rückwirkungen auf den Werkbereich, da die Verurteilung gerade auf dem künstlerischen Einsatz des Sampling als musikalischem Gestaltungsmittel beruht, das bei der Produktion der beiden Versionen verwendet wurde (vgl. BVerfGE 67, 213 <224>; 119, 1 <21 f.>). Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass sich die Reichweite der Kunstfreiheit von vornherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden geistigen Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung erstreckt. Ein solch prinzipieller Vorrang der Eigentumsgarantie vor der Gewährleistung der Kunstfreiheit lässt sich - wie auch umgekehrt ein prinzipieller Vorrang der Kunstfreiheit vor dem Eigentum - nicht aus der Verfassung herleiten. Jedes künstlerische Wirken bewegt sich jedoch zunächst im Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, gleich wie und wo es stattfindet (anders noch BVerfG, Beschluss des Vorprüfungsausschusses vom 19. März 1984 - 2 BvR 1/84, Sprayer von Zürich -, NJW 1984, S. 1293 <1294>). Ob die Kunstfreiheit dann wegen der Beeinträchtigung insbesondere von Grundrechten Dritter zurücktreten muss, ist erst anschließend zu entscheiden.

90

b) Diese Beeinträchtigung der Beschwerdeführer in ihrer Kunstfreiheit ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Die Annahme, die Übernahme selbst kleinster Tonsequenzen stelle einen unzulässigen Eingriff in das Tonträgerherstellerecht der Kläger gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG dar, soweit der übernommene Ausschnitt gleichwertig nachspielbar sei, trägt der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG garantierten Kunstfreiheit nicht hinreichend Rechnung.

91

Zwar verletzt die Annahme eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerecht durch kleinste Rhythmussequenzen als solches die Kunstfreiheit nicht (aa). Bei der Abwägung zwischen den betroffenen grundrechtlich geschützten Positionen (bb) sind jedoch die Auswirkungen der angegriffenen Entscheidungen auf die Kunstfreiheit des entlehrenden Künstlers (<1>) den Auswirkungen einer weiterreichenden Zulassung des Sampling auf die Eigentumsinteressen der Tonträgerhersteller (<2>) gegenüberzustellen. Im Ergebnis muss die Nutzung von Samples bei einer kunstspezifischen Betrachtungsweise auch unabhängig von der Nachspielbarkeit grundsätzlich möglich sein (<3>).

92

aa) Die Bejahung eines Eingriffs in das Tonträgerherstellerecht aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG schon bei der Entnahme einer nur kurzen Rhythmussequenz stellt für sich genommen noch keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung der Kunstfreiheit dar, da hierdurch auch nach dem Verständnis der angegriffenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nicht ausgeschlossen wird, dass ein solcher Eingriff bei einer Auslegung und Anwendung des einschlägigen Gesetzesrechts in Einklang mit der Kunstfreiheit rechtmäßig sein kann.

93

Die Annahme einer möglichen Rechtfertigung dieses Eingriffs durch eine analoge

94

Anwendung des Rechts auf freie Benutzung gemäß § 24 Abs. 1 UrhG überschreitet nicht die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Da das Sampling zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes im Jahr 1965 noch keine Rolle gespielt hat, ist es jedenfalls vertretbar, wenn der Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Nutzung von Ausschnitten aus Tonträgern durch Sampling eine planwidrige Gesetzeslücke annimmt, wie er dies bereits vorher im Fall des Leistungsschutzrechts der Filmbeziehungswise Laufbildhersteller getan hatte (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2000 - I ZR 282/97, *Mattscheibe* -, GRUR 2000, S. 703 <704>; BGHZ 175, 135 <142 Rn. 24 ff.> - TV Total). Der durch die Anwendung von § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG auf Samples drohenden Beschränkung der künstlerischen Betätigungsfreiheit begegnet der Bundesgerichtshof in vertretbarer Weise durch die analoge Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 112/06, *Metall auf Metall I* -, NJW 2009, S. 770 <772>).

bb) Allerdings muss das Fachgericht bei der Auslegung und Anwendung des Leistungsschutzrechts nach § 85 UrhG den Schutz der Kunstfreiheit berücksichtigen, der in § 24 UrhG seinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat. Dabei wiegt die Behinderung der Freiheit des Künstlers durch das Leistungsschutzrecht des Tonträgerherstellers in diesem Fall schwerer als der Schutz von Eigentum und Kunstfreiheit der Tonträgerhersteller.

(1) Die Anforderungen, die die Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen an die Zulässigkeit des Sampling stellen, können weitreichende Auswirkungen für andere Kunstschaffende haben, wie insbesondere im Bereich des Hip-Hop für die Beschwerdeführer. Das Tonträgerherstellerrecht vermittelt seinem Inhaber gegenüber Nutzern des Tonträgers nicht lediglich einen Vergütungsanspruch, sondern enthält auch ein Verfügungsrecht, das dem Inhaber eine Verbotsmacht gegenüber von ihm nicht genehmigten Nutzungen in die Hand gibt. Damit könnte er aber die Schöpfung neuer Kunstwerke verhindern, die durch die Kunstfreiheit geschützt ist. Sampling zu tongestalterischen Zwecken ist dabei genauso von der Kunstfreiheit geschützt, wie wenn es zum Zweck der kritischen Auseinandersetzung mit dem Original erfolgt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2000 - 1 BvR 825/98, *Germania 3* -, NJW 2001, S. 598 <599>).

Wenn der Musikschafter, der unter Einsatz von Samples ein neues Werk schaffen will, nicht völlig auf die Einbeziehung des Sample in das neue Musikstück verzichten will, stellt ihn die enge Auslegung der freien Benutzung durch den Bundesgerichtshof vor die Alternative, sich entweder um eine Samplelizenzierung durch den Tonträgerhersteller zu bemühen oder das Sample selbst nachzuspielen. In beiden Fällen würden jedoch die künstlerische Betätigungsfreiheit und damit auch die kulturelle Fortentwicklung eingeschränkt, was der Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Prüfung der Kunstfreiheit nicht hinreichend berücksichtigt hat.

Der Verweis auf die Lizenzierungsmöglichkeit bietet keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit: Auf die Einräumung einer Lizenz zur Über-

nahme des Sample besteht kein Anspruch; sie kann von dem Tonträgerhersteller aufgrund seines Verfügungsrechts ohne Angabe von Gründen und ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden. Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er - innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 Abs. 2 BGB - frei festsetzen kann. Besonders schwierig gestaltet sich der Prozess der Rechteeinräumung bei Werken, die viele verschiedene Samples benutzen und diese collagenartig zusammenstellen. Die Existenz von Sampledatenbanken, auf denen Samples samt den Nutzungsrechten erworben werden können, sowie von Dienstleistern, die Musikschafter beim Sampleclearing unterstützen, beseitigen diese Schwierigkeiten nur teilweise, da bei deren Inanspruchnahme unter Umständen erhebliche Transaktionskosten und größerer Rechercheaufwand entstehen. Außerdem schränkt die Verweisung hierauf die Samplingmöglichkeiten erheblich - nämlich auf das jeweils vorhandene Angebot - ein.

Das eigene Nachspielen von Klängen stellt ebenfalls keinen gleichwertigen Ersatz dar. Der Einsatz von Samples ist eines der stilprägenden Elemente des Hip-Hop. Der direkte Zugriff auf das Originaltondokument ist - ähnlich wie bei der Kunstform der Collage - Mittel zur „ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften“ (Großmann, Die Geburt des Pop aus dem Geist der phonographischen Reproduktion, in: Bielefeldt/Dahmen/ders., PopMusicology. Perspektiven der Popmusikwissenschaft, 2008, S. 119 <127>) und wesentliches Element eines experimentell synthetisierenden Schaffensprozesses. Die erforderliche kunstspezifische Betrachtung verlangt, diese genrespezifischen Aspekte nicht unberücksichtigt zu lassen. Dass in anderen Bereichen Samples auch oder vorrangig zum Zweck der Kostenersparnis eingesetzt werden, darf nicht dazu führen, den Einsatz dieses Gestaltungsmittels auch dort unzumutbar zu erschweren, wo es stilprägend ist.

Hinzu kommt, dass sich das eigene Nachspielen eines Sample als sehr aufwendig gestalten kann und die Beurteilung der gleichwertigen Nachspielbarkeit für die Kunstschaffenden zu erheblicher Unsicherheit führt. Im Ausgangsverfahren waren vor dem Oberlandesgericht für die Klärung der Nachspielbarkeit mehrere Gutachter und Verhandlungstage erforderlich. Es steht zu befürchten, dass selbst in Fällen, in denen ein gleichwertiges Nachspielen nicht möglich ist, Kunstschaffende auf die - in diesem Fall auch nach der Auffassung des Bundesgerichtshofs zulässige - Übernahme verzichten, weil ihnen der für den Nachweis der fehlenden Nachspielbarkeit erforderliche Aufwand und das rechtliche Risiko als zu groß erscheinen. Das Kriterium der gleichwertigen Nachspielbarkeit entfaltet damit abschreckende Wirkung, die eine besonders wirksame verfassungsrechtliche Kontrolle erforderlich macht (vgl. für den Fall der Strafbarkeit von Veröffentlichungen BVerfGE 81, 278 <290>).

(2) Diesen Beschränkungen der künstlerischen Betätigungsfreiheit steht hier für den Fall einer erlaubnisfreien Zulässigkeit des Sampling durch die Beschwerdeführer nur

ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht der Kläger und in entsprechende Rechte anderer Tonträgerhersteller ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile gegenüber.

Eine Gefahr von Absatzrückgängen für die Kläger des Ausgangsverfahrens im Hinblick auf ihr Album „Trans Europa Express“ oder auch nur den Titel „Metall auf Metall“ durch die Übernahme der Sequenz in die beiden streitgegenständlichen Versionen des Titels „Nur mir“ ist nicht ersichtlich. Eine solche Gefahr könnte im Einzelfall allenfalls dann entstehen, wenn das neu geschaffene Werk eine so große Nähe zu dem Tonträger mit der Originalsequenz aufwiese, dass realistischweise davon auszugehen wäre, dass das neue Werk mit dem ursprünglichen Tonträger in Konkurrenz treten werde (vgl. Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. F 41; Spindler, NJW 2014, S. 2550 <2552>). Dabei sind der künstlerische und zeitliche Abstand zum Ursprungswerk, die Signifikanz der entlehnten Sequenz, die wirtschaftliche Bedeutung des Schadens für den Urheber des Ausgangswerks sowie dessen Bekanntheit einzubeziehen.

102

Allein der Umstand, dass für den konkreten Fall des Sampling dessen Zulässigkeit entsprechend § 24 Abs. 1 UrhG dem Tonträgerhersteller die Möglichkeit einer Lizenzannahme nimmt, bewirkt ebenfalls nicht ohne weiteres - und insbesondere nicht im vorliegenden Fall - einen erheblichen wirtschaftlichen Nachteil des Tonträgerherstellers.

103

Der Grund dafür, dem Tonträgerhersteller ein besonderes gesetzliches Schutzrecht zu gewähren, war nicht, ihm Einnahmen aus Lizenzen für die Übernahme von Ausschnitten in andere Tonaufnahmen zu sichern, sondern der Schutz vor einer Gefährdung seines wirtschaftlichen Einsatzes durch Tonträgerpiraterie (vgl. Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 23. März 1962, BT-Drucks IV/270, S. 34; BVerfGE 81, 12 <18>). Der Schutz kleiner und kleinster Teile durch ein Leistungsschutzrecht, das im Zeitablauf die Nutzung des kulturellen Bestandes weiter erschweren oder unmöglich machen könnte, ist jedenfalls von Verfassung wegen nicht geboten (vgl. von Ungern-Sternberg, GRUR 2010, S. 386 <387>).

104

Schließlich kann ein erheblicher wirtschaftlicher Nachteil auch nicht damit begründet werden, dass der Verwender des Sample durch die Übernahme das eigene Nachspielen und damit eigene Aufwendungen vermeide (vgl. in diesem Sinne das angegriffene Urteil des Hanseatischen OLG vom 7. Juni 2006 - 5 U 48/05 -, GRUR-RR 2007, S. 3 <4>). Hierin liegt zunächst lediglich ein wirtschaftlicher Vorteil des Sampleverwenders durch die erzielte Ersparnis. Dieser korrespondiert aber nicht automatisch mit einem entsprechenden Nachteil des Herstellers des Originaltonträgers. Ein solcher könnte allenfalls in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zwischen den beiden Tonträgerherstellern angenommen werden (vgl. Salagean, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, 2008, S. 233), für das vorliegend aber nichts ersichtlich ist.

105

Soweit die Kläger des Ausgangsverfahrens die Untersagung der Verwendung des

106

Sample nicht zur ökonomischen Verwertung ihrer Leistung erstreben, sondern damit verhindern wollen, dass ihr Musikwerk in anderen Zusammenhängen erscheint, fällt ihr Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht erheblich ins Gewicht. Zudem sind sie durch die Entscheidungen im Ausgangsverfahren ausschließlich in ihren Interessen als Tonträgerhersteller und damit in ihrer Mittlerfunktion zwischen Künstlern und Publikum betroffen, nicht dagegen in ihrer Rolle als Künstler und Urheber.

(3) Danach steht hier ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerecht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile einer erheblichen Beeinträchtigung der künstlerischen Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit gegenüber. 107

Auch wenn man grundsätzlich die wirtschaftliche Bedeutung der Vergabe von Samplelizenzen für die Tonträgerhersteller schon aufgrund des Art. 14 Abs. 1 GG anerkennt, kann der Schutz des Eigentums nicht dazu führen, die Verwendung von gleichwertig nachspielbaren Samples eines Tonträgers generell von der Erlaubnis des Tonträgerherstellers abhängig zu machen, da dies dem künstlerischen Schaffensprozess nicht hinreichend Rechnung trägt. Dies führt umgekehrt auch nicht zu einer übermäßigen Beschränkung der Verwertungsmöglichkeiten an dem Tonträger. Denn die Vergabe solcher Lizenzen bleibt weiterhin möglich und ist für die Nutzung der Samples in vielen Fällen auch erforderlich - beispielsweise für Nutzungen, die nicht von der Kunstfreiheit erfasst sind oder die aufgrund ihres Umfangs oder ihres zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs mit dem Originaltonträger nicht hinnehmbare wirtschaftliche Risiken für dessen Hersteller mit sich bringen. Insoweit haben damit hier die Verwertungsinteressen der Tonträgerhersteller in der Abwägung mit den Nutzungsinteressen für eine künstlerische Betätigung zurückzutreten. Das vom Bundesgerichtshof für die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 UrhG auf Eingriffe in das Tonträgerherstellerecht eingeführte zusätzliche Kriterium der fehlenden gleichwertigen Nachspielbarkeit der übernommenen Sequenz ist nicht geeignet, einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Interesse an einer ungehinderten künstlerischen Fortentwicklung und den Eigentumsinteressen der Tonträgerproduzenten herzustellen. 108

D.

I.

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in ihrem Recht auf künstlerische Betätigungsfreiheit. Die Urteile des Bundesgerichtshofs sowie das Urteil des Oberlandesgerichts vom 17. August 2011 sind aufzuheben und die Sache ist an den Bundesgerichtshof zurückzuverweisen. 109

II.

Der Bundesgerichtshof kann bei der erneuten Entscheidung die hinreichende Berücksichtigung der Kunstfreiheit im Rahmen einer entsprechenden Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG sicherstellen. Hierauf ist er aber nicht beschränkt. Eine verfassungs- 110

konforme Rechtsanwendung, die hier und in vergleichbaren Konstellationen eine Nutzung von Tonaufnahmen zu Zwecken des Sampling ohne vorherige Lizenzierung erlaubt, könnte beispielsweise auch durch eine einschränkende Auslegung von § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG erreicht werden, wonach das Sampling erst dann einen Eingriff in das Tonträgerherstellerecht darstellt, wenn die wirtschaftlichen Interessen des Tonträgerherstellers in erheblicher Weise berührt werden (vgl. Hanseatisches OLG, Beschluss vom 18. April 1991 - 3 W 38/91 -, GRURInt 1992, S. 390 <391>; Urteil vom 18. Mai 1991 - 3 U 237/90 -, NJW-RR 1992, S. 746 <748>; Gelke, Mashups im Urheberrecht, 2013, S. 128 ff.; Häuser, Sound und Sampling, 2002, S. 109 ff.; Leistner, JZ 2014, S. 846 <849>; Salagean, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, 2008, S. 231 ff.). Ebenso erscheint ein Rückgriff auf das Zitatrecht nach § 51 UrhG vorstellbar.

Auch völkerrechtliche Bindungen stehen einer solchen Auslegung nicht entgegen. Denn nach Art. 1 Buchstabe c des Genfer Tonträger-Übereinkommens setzt eine Vervielfältigung die Übernahme eines wesentlichen Teils der in dem Tonträger festgelegten Töne voraus. Der Begriff des wesentlichen Teils lässt für die oben entwickelten verfassungsrechtlichen Wertungen hinreichend Raum (vgl. auch Leistner, JZ 2014, S. 846 <849>). 111

III.

Soweit Nutzungshandlungen ab dem 22. Dezember 2002 betroffen sind, hat der Bundesgerichtshof als zuständiges Fachgericht zunächst zu prüfen, inwieweit durch vorrangiges Unionsrecht noch Spielraum für die Anwendung des deutschen Rechts bleibt (1). Erweist sich das europäische Richtlinienrecht als abschließend, ist der Bundesgerichtshof verpflichtet, effektiven Grundrechtsschutz vornehmlich dadurch zu gewährleisten, dass er die Richtlinienbestimmungen mit den europäischen Grundrechten konform auslegt und bei Zweifeln über die Auslegung oder Gültigkeit der Urheberrechtsrichtlinie das Verfahren dem Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV vorlegt (2). 112

1. Auf Nutzungshandlungen ab dem 22. Dezember 2002 ist die Urheberrechtsrichtlinie nach ihrem Art. 10 Abs. 2 anwendbar. 113

Der Bundesgerichtshof hat zu prüfen, ob auch im zeitlichen Anwendungsbereich der Richtlinie die deutschen Grundrechte anwendbar sind und dafür zunächst die aus seiner Sicht einschlägigen Vorschriften der Urheberrechtsrichtlinie daraufhin zu untersuchen, inwiefern sie Umsetzungsspielräume im nationalen Recht zulassen, wobei er der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt. 114

a) Innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine Richtlinie der Europäischen Union in deutsches Recht umsetzen, sind grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, sondern am Unionsrecht und damit auch den durch dieses gewährleisteten Grundrechten zu messen, soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum überlässt, sondern zwingende Vorgaben macht (vgl. 115

BVerfGE 73, 339 <387>; 118, 79 <95>; 121, 1 <15>; 125, 260 <306 f.>; 129, 186 <198 f.>; 133, 277 <313 ff. Rn. 88 ff.>; zur fortbestehenden Identitätskontrolle zuletzt BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, NJW 2016, S. 1149 <1151 Rn. 43 ff.>; zu den Grenzen der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte EuGH, Urteil vom 10. Juli 2014, Hernández, C-199/13, EU:C:2014:2055, Rn. 35; Urteil vom 6. Oktober 2015, Delvigne, C-650/13, EU:C:2015:648, Rn. 27). Ob ein Umsetzungsspielraum besteht, ist durch Auslegung des dem nationalen Umsetzungsrecht zugrunde liegenden Unionsrechts zu ermitteln. Die Auslegung unionsrechtlicher Sekundärrechtsakte obliegt auf nationaler Ebene zunächst den Fachgerichten. Diese haben dabei gegebenenfalls die Notwendigkeit eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV - auch in Bezug auf den Schutz der Grundrechte - in Betracht zu ziehen (vgl. BVerfGE 129, 78 <103>).

Halten die Fachgerichte eine vollständige Bindung durch das Unionsrecht ohne Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof für eindeutig, unterliegt dies wegen der Bedeutung dieser Frage für die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte in vollem Umfang der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfGE 129, 78 <103>). Denn mit der Feststellung oder Verneinung eines unionsrechtlichen Umsetzungsspielraums wird zunächst durch die Fachgerichte darüber entschieden, ob Grundrechte des Grundgesetzes berücksichtigt werden müssen und ob das Bundesverfassungsgericht nach seiner Rechtsprechung die Überprüfung nationaler Umsetzungsakte am Maßstab des Grundgesetzes zurücknimmt, solange die Europäische Union einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einen wirksamen Schutz der Grundrechte gewährleisten, der nach Inhalt und Wirksamkeit dem Grundrechtsschutz, wie er nach dem Grundgesetz unabdingbar ist, im Wesentlichen gleichkommt (vgl. BVerfGE 73, 339 <387>; 102, 147 <161>; 123, 267 <335>; 129, 78 <103>).

b) Im Anwendungsbereich der Urheberrechtsrichtlinie ist die Bindung der Fachgerichte an die Grundrechte des Grundgesetzes nicht ausgeschlossen. Das ist der Fall, soweit diese den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belässt. Dabei ist in Bezug auf jede einzelne Regelung zu unterscheiden, inwieweit diese den Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben macht oder ihnen Umsetzungsspielräume belässt. Bei der Frage der Determinierung des deutschen Rechts durch die Urheberrechtsrichtlinie ist somit zu klären, inwieweit diese den Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht abschließend regelt.

Dafür ist zu entscheiden, ob eine Vervielfältigung im Sinne der Richtlinie vorliegt (vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2011, Painer/Standard, C-145/10, EU:C:2011:798, Rn. 36, 95 ff.; Urteil vom 22. Januar 2015, Allposters, C-419/13, EU:C:2015:27, Rn. 24 ff.), ob diese Rechtsprechung auf Vervielfältigungen von Tonträgern übertragbar ist und ob die Rechtfertigung des Eingriffs in das Tonträgerherstellerrecht abschließend geregelt ist (vgl. EuGH, Urteil vom 3. September 2014, Vriheidsfonds, C-201/13, EU:C:2014:2132, Rn. 14 ff.; Urteil vom 27. Februar 2014, OSA, C-351/12, EU:C:2014:110, Rn. 36; dazu Leistner, GRUR 2014, S. 1145

<1149>; von Ungern-Stenberg, GRUR 2015, S. 533 <536 ff.>).

Soweit für die hier zu entscheidenden Fragestellungen eine Determinierung des deutschen Urheberrechts durch die anwendbaren Bestimmungen der Urheberrechtsrichtlinie angenommen wird, gilt dies nicht zwingend auch für die weiteren Regelungen der Richtlinie. So kommen mitgliedstaatliche Spielräume insbesondere im Rahmen der Regelungen zum Schutz von technischen Maßnahmen in Art. 6 der Urheberrechtsrichtlinie (vgl. BVerfGK 10, 278 <283> - AnyDVD), zum Zugang zu Informationen für die Rechtswahrnehmung in Art. 7 sowie zu den Sanktionen und Rechtsbehelfen bei Urheber- und Schutzrechtsverletzungen in Art. 8 in Betracht (vgl. Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. F 103; a.A. Obergfell/Stieper, in: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz, 2015, S. 223 <232>).

2. Wenn der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis kommt, dass die Urheberrechtsrichtlinie dem deutschen Gesetzgeber in den für das Ausgangsverfahren relevanten urheberrechtlichen Fragen keinen Umsetzungsspielraum überlässt, ist er verpflichtet, auf einen effektiven unionsrechtlichen Grundrechtsschutz hinzuwirken (a). Soweit der Bundesgerichtshof Zweifel an der Vereinbarkeit der Urheberrechtsrichtlinie mit den europäischen Grundrechten hat, muss er diese Frage dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegen (b). Dies überprüft das Bundesverfassungsgericht (c).

a) Die Verpflichtung, eine effektive Durchsetzung der Unionsgrundrechte über das Vorabentscheidungsverfahren zu fördern, stellt eine notwendige Kompensation dar für die Rücknahme der Überprüfung unionsrechtlich determinierter Sachverhalte anhand der deutschen Grundrechte und für das weitgehende Fehlen von unionsrechtlichem Individualrechtsschutz gegen Rechtssetzungsakte der Europäischen Union.

Im Fall der Determinierung des deutschen Urheberrechts durch die Richtlinie ist demnach eine richtlinienkonforme Auslegung der einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts vorzunehmen, in deren Rahmen ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch das Unionsrecht geschützten Grundrechten sicherzustellen ist. Bei der Auslegung der Urheberrechtsrichtlinie sind dann die in Art. 13 Satz 1 der Grundrechtecharta gewährleistete Kunstfreiheit auf der einen und das gemäß Art. 17 Abs. 2 der Grundrechtecharta geschützte geistige Eigentum auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen (zur Urheberrechtsrichtlinie in diesem Zusammenhang vgl. EuGH, Urteil vom 29. Januar 2008, Promusicae, C-275/08, EU:C:2008:54, Rn. 68; Urteil vom 27. März 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, Rn. 45 ff.).

b) Eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union kann aus grundrechtlicher Sicht insbesondere dann erforderlich sein, wenn das Fachgericht Zweifel an der Übereinstimmung eines europäischen Rechtsakts oder einer Entscheidung des Gerichtshofs mit den Grundrechten des Unionsrechts, die einen den Grundrechten des Grundgesetzes entsprechenden Grundrechtsschutz gewährleisten, hat oder haben muss (vgl. BVerfGE 129, 78 <104>). Das verlangt - unabhängig von dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, der bei der fachgerichtli-

chen Handhabung der Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zu beachten ist (dazu BVerfGE 82, 159 <192 f.>; 129, 78 <105 ff.>; 135, 155 <230 ff. Rn. 176 ff.>) - das Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, insbesondere Grundrechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit dem jeweils anwendbaren Grundrecht des Grundgesetzes; vgl. BVerfGE 118, 79 <97>; 129, 78 <103 f.>). Sollte der Bundesgerichtshof bei der Auslegung und Anwendung der Urheberrechtsrichtlinie Zweifel an deren Vereinbarkeit mit den Grundrechten des Unionsrechts, insbesondere mit der Kunstfreiheit gemäß Art. 13 Satz 1 der Grundrechtecharta, haben, muss er die Frage der Vereinbarkeit mit den europäischen Grundrechten und einer grundrechtskonformen Auslegung der Richtlinie dem Gerichtshof der Europäischen Union vorlegen.

c) Mit der Überprüfung der fachgerichtlichen Vorlagepraxis im Grundrechtsbereich füllt das Bundesverfassungsgericht seine Aufgabe bei der Sicherung der Grundrechte in Deutschland nicht nur gegenüber der deutschen, sondern auch der europäischen öffentlichen Gewalt aus (vgl. BVerfGE 89, 155 <156 7. Leitsatz>). Dabei prüft es insbesondere, ob das Fachgericht drohende Grundrechtsverletzungen abgewehrt hat, indem es den Gerichtshof der Europäischen Union im Rahmen seiner Zuständigkeiten mit der Grundrechtsfrage nach europäischem Recht befasst hat, und ob der unabdingbare Mindeststandard des Grundgesetzes gewahrt ist (zu diesem vgl. BVerfGE 133, 277 <316 Rn. 91>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 -, NJW 2016, S. 1149 <1150 ff. Rn. 40 ff., 66>).

124

IV.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG.

125

Kirchhof	Gaier	Eichberger
Schluckebier	Masing	Paulus
Baer		Britz

Bundesverfassungsgericht, Urteil des Ersten Senats vom 31. Mai 2016 - 1 BvR 1585/13

Zitiervorschlag BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 31. Mai 2016 - 1 BvR 1585/13 - Rn. (1 - 125), http://www.bverfg.de/e/rs20160531_1bvr158513.html

ECLI ECLI:DE:BVerfG:2016:rs20160531.1bvr158513

Annexe 12 : Arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre, 5 mai 2011, n° 2011/2999, Google Inc. contre Copiepresse

La cour d'appel de Bruxelles, 9^{ème} chambre,

après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

R.G. : 2007/AR/1730

EN CAUSE DE :

GOOGLE Inc., société de droit américain dont le siège social est établi à Mountain View, 1600 Amphitheatre Parkway, 94043 California (USA),

Appelante,

Intimée sur incident,

représentée par Maîtres Erik Valgaeren et Audry Stevenart, avocats à 1000 Bruxelles, rue de Loxum, 25,

plaideurs : Maîtres Erik Valgaeren, Audry Stevenart et Nicolas Roland,

CONTRE :

1.- COPIEPRESSE, société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée dont le siège social est établi à 1070 Bruxelles, boulevard Paepsem, 22, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0471.612.218,

Intimée,

représentée par Maître Bernard Magrez, avocat à 1180 Bruxelles, avenue Winston Churchill, 149,

2.- SOCIETE DE DROIT D'AUTEUR DES JOURNALISTES (en abrégé SAJ), société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée dont le siège social est établi à 1150 Bruxelles, avenue Roger Vandendriessche, 36, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0455.162.008,

3.- ASSUCOPIE, société civile sous forme d'une société coopérative à responsabilité limitée dont le siège social est établi à 1342 Ottignies-Louvain-la-Neuve, rue Charles Dubois, 4/003, inscrite à la banque carrefour des entreprises sous le numéro 0466.710.748,

Intimées,

Appelantes sur incident,

représentées par Maître Carine Dautrelepoint, avocat à 1030 Bruxelles, square Vergote, 20,

plaideurs : Maîtres Carine Doutrelepont et Jean-Roland Hubin.

I.- DECISION ENTREPRISE

L'appel est dirigé contre le jugement prononcé contradictoirement le 13 février 2007 par le président du tribunal de première instance, statuant comme en référé dans le cadre de la loi 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (ci-après « la LDA »).

Les parties ne produisent aucun acte de signification de ce jugement.

II.- PROCEDURE DEVANT LA COUR

L'appel est formé par requête, déposée par Google au greffe de la cour, le 22 juin 2007.

La mise en état judiciaire résulte d'une ordonnance rendue sur la base de l'article 747 § 2 du Code judiciaire du 17 juin 2007 et d'une ordonnance complémentaire du 23 octobre 2008, rendue sur la base de l'article 748 § 2 du Code judiciaire.

Par conclusions déposées le 14 décembre 2007, SAJ et Assucopie introduisent un appel incident.

Par conclusions déposées le 28 avril 2008, Copiepresse introduit une demande nouvelle.

La procédure est contradictoire.

Il est fait application de l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire.

III.- FAITS ET ANTECEDENTS DE LA PROCEDURE

1. Google est un moteur de recherche permettant aux utilisateurs de trouver des sites Internet sur le Web, au moyen de mots clés. Il leur suffit de taper un ou plusieurs mots dans le champ de recherche qu'ils estiment être contenus dans le site qu'ils recherchent et Google parcourt le Web, au moyen de robots informatiques, à la recherche d'un contenu correspondant à la requête. Apparaît alors sur l'écran un certain nombre de sites identifiés par un titre, quelques mots et une adresse URL (par exemple www.xyz.be) sur laquelle il suffit de cliquer pour être automatiquement dirigé vers le site concerné.

2. Une mention « en cache » apparaît également sur le résultat.

Google donne sur son site la description suivante de la fonction « cache » :

« Lorsque Google explore le Web, il crée une copie de chaque page examinée et la stocke dans une mémoire cache, ce qui permet de consulter cette copie à tout moment, et en particulier dans le cas où la page originale (ou Internet) serait inaccessible. Lorsque vous cliquez sur le lien « copie cachée » d'une page Web, Google affiche celle-ci dans l'état où elle se trouvait lors de son indexation la plus récente. Par ailleurs, le contenu caché est celui sur lequel se base Google pour déterminer si une page est pertinente pour vos requêtes.

Lorsqu'une page cachée est affichée, elle est précédée d'un en-tête encadré qui rappelle qu'il s'agit de la copie cachée de la page et non de la page originale, et qui cite les termes de la requête ayant entraîné son inclusion dans les résultats de recherche. Pour faciliter l'exploitation de cette page, les différentes occurrences des termes de recherche sont également surlignées dans des couleurs différentes. »

Le lien « en cache » dirige l'internaute vers la copie archivée de la page enregistrée. L'avertissement contenu dans le bandeau supérieur est rédigé comme suit :

« Voici la version Google de la page mise en cache de [http:// \[...\]](http:// [...]) extraite le [...] GMT.

La version « En cache » proposée par Google correspond à la page telle qu'elle se présente lors de la dernière consultation effectuée par Google.

Il se peut que la page ait été modifiée depuis cette date. Cliquez ici pour consulter la page actuelle (sans mise en valeur).

Cette page mise en cache peut renvoyer à des images qui ne sont plus disponibles. Cliquez ici pour obtenir uniquement le texte mis en cache.

Pour créer un lien avec cette page ou l'inclure dans vos favoris/signets, utilisez l'adresse suivante [...]

Les termes de recherche suivants ont été mis en valeur : [...]

Lorsque la page « en cache » apparaît sur l'écran de l'internaute, les éléments graphiques qui ne concernent pas, à proprement parler, le texte recherché (comme par exemple des renvois à d'autres articles, la météo, la bourse et les bannières publicitaires éventuelles) ne sont pas ceux qui étaient affichés lors du premier référencement de cette page, mais ceux qui sont insérés, en temps réel, par le serveur du site référencé. Google ne conserve dans sa mémoire « cache » que les textes extraits de la page, convertis en langage HTML (pour Hypertext Markup Language qui est un format de données conçu pour représenter les pages web). Lorsque l'internaute clique sur le lien « en cache », il est dirigé vers une copie archivée de la page Web, enregistrée chez Google plutôt que vers le site web d'origine de la page. Mais, comme précisé plus haut, les éléments graphiques autres que le texte sont envoyés par le serveur de l'éditeur. Il n'est donc pas rare que le texte recherché soit daté de plusieurs jours qui précèdent les autres informations apparaissant sur la même page puisque le premier émane de la mémoire « cache » de Google, tandis que les seconds proviennent du serveur de l'éditeur.

3. Google propose également un service intitulé « Google actualités » ou « Google News ».

Celui-ci consiste en une compilation d'un très grand nombre d'articles émanant de divers media (presse écrite et radio télévisée).

Si l'internaute recherche des articles de presse concernant par exemple M. Verhofstadt, la page qui apparaît est la suivante : [image scannée]

Chaque résultat est ainsi composé du titre de l'article extrait du site du media, de l'identité de ce dernier, de la date de publication, des deux ou trois premières lignes de l'article et parfois d'une

photographie. L'utilisateur qui clique sur le résultat est automatiquement renvoyé sur le site du media et sur la page concernée.

Il est également possible d'ouvrir la page « Google News » sans utiliser le champ de recherche. Dans ce cas, elle se présente comme un recensement des articles du jour, sous la forme suivante : [image scannée]

4. Copiepresse est la société de gestion des droits intellectuels des éditeurs belges de la presse francophone et germanophone.

Le 9 février 2006, elle dépose entre les mains du juge des saisies du tribunal de première instance de Bruxelles une requête en saisie-description. Elle considère que le service « Google News » reproduit sans autorisation une partie significative des articles publiés par ses membres sur leurs sites respectifs. Elle met également en cause le fait que Google conserve lesdits articles dans sa mémoire « cache », de telle sorte que ceux qui ont été retirés des sites des éditeurs sont toujours consultables via le site de Google. Dès lors que Google n'a jamais sollicité d'autorisation préalable pour de telles reproductions, Copiepresse soutient qu'il y a contrefaçon.

Il est fait droit à cette demande par ordonnance du 27 mars 2006 qui désigne M. Luc Golvers en qualité d'expert en vue de procéder à une saisie-description à charge de Google. L'expert dépose son rapport le 6 juillet 2006.

Par courrier du 13 juillet 2006, le conseil de Copiepresse met Google en demeure de supprimer dans « Google News » et dans le cache de Google les articles de presse de ses membres (dont la liste est annexée).

5. Par exploit du 3 août 2006, Copiepresse fait citer Google en cessation devant le président du tribunal de première instance de Bruxelles.

Elle demande de :

- « constater que [Google] ne peut se prévaloir d'aucune exception prévue par les lois relatives au droit d'auteur et aux droits voisins (1994) et sur les bases de données (1998) ;

- constater que les activités de Google News et l'utilisation du « cache » de Google violent notamment les lois relatives au droit d'auteur et aux droits voisins (1994) et sur les bases de données (1998) ;

- condamner [Google] à retirer de tous ses sites (Google News et « cache » Google sous quelque dénomination que ce soit) tous les articles, photographies et représentations graphiques des éditeurs belges de presse quotidienne francophone et germanophone représentés par [elle] à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte de deux millions d'Euros par jour de retard.

- condamner, en outre, [Google] à publier de manière visible, claire et sans commentaire de sa part sur la home page de Google.be et de News.Google.be pendant une durée ininterrompue de 20 jours l'intégralité du jugement à intervenir à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte de deux millions d'Euros par jour de retard ».

Par jugement du 5 septembre 2006, rendu par défaut, il est fait droit à cette demande, sous l'émendation que les astreintes sont réduites à 1.000.000,00 euro pour l'ordre de cessation et à 500.000,00 euro pour la publication sur le site de Google, et que la durée de cette dernière est ramenée à cinq jours.

6. Google fait opposition à cette décision par exploit du 19 octobre 2006.

SAJ et Assucopie interviennent volontairement. SAJ a pour objet la gestion collective des droits d'auteur des journalistes et Assucopie, celle des auteurs scolaires, scientifiques et universitaires. Elles demandent de :

- « constater que GOOGLE INC. ne peut se prévaloir d'aucune exception prévue par les lois relatives au droit d'auteur et aux droits voisins (1994) et sur les bases de données (1998) ;
- constater que les activités de Google News et l'utilisation du « cache » de Google violent notamment les lois relatives au droit d'auteur (1994) et aux droits voisins (1998);
- condamner GOOGLE INC. à retirer de tous ses sites (notamment Google News et « cache » Google sous quelque dénomination que ce soit) tous les articles, photographies et représentations graphiques [de leurs membres] à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte d'un million d'Euros par jour de retard ;
- condamner, en outre, la défenderesse originaire à publier de manière visible, claire et sans commentaire de sa part sur la home page de tous les sites francophones de Google et News Google, pendant une durée ininterrompue de 20 jours l'intégralité, du jugement à intervenir à dater de la signification de l'ordonnance, sous peine d'astreinte de 500.000 EUR par jour de retard ».

Par le jugement entrepris, le président du tribunal :

- « En ce qui concerne COPIEPRESSE
- confirme l'ordonnance dont opposition sous les seules émendations que
- la demande originaire en ce qu'elle était fondée sur les lois sur les bases de données est irrecevable ;
- le montant des astreintes est fixé à 25.000 euro par jour de retard ;
- En ce qui concerne les intervenantes volontaires
- constate que GOOGLE ne pouvait se prévaloir d'aucune exception prévue par la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins ;
- constate que les activités de Google News (soit la reproduction et la communication au public de titres d'articles ainsi que de courts extraits d'articles) et l'utilisation du « cache » de Google (soit l'enregistrement accessible au public dans sa mémoire dite « cache » d'articles et documents) violent la loi relative au droit d'auteur ;

- condamne GOOGLE à retirer de tous ses sites (et plus particulièrement de Google News ainsi qu'en ce qui concerne le moteur de recherche Google web des liens en cache visible) tous les articles, photographies et représentations graphiques des auteurs dont les demanderesse en intervention justifieront qu'elles détiennent les droits ;

- dit qu'il appartiendra à cet égard aux demanderesse en intervention de communiquer à GOOGLE, par voie d'e-mail à l'adresse qui sera indiquée par GOOGLE, l'identification de l'œuvre en cause avec la preuve qu'elle appartient à son répertoire à charge pour GOOGLE de retirer cette œuvre dans les 24 heures de la notification sous peine d'une astreinte de 1.000 euro par jour de retard ;

- dit qu'il appartient à GOOGLE de communiquer, dans les 8 jours de la signification de l'ordonnance, l'adresse e-mail à laquelle les demanderesse en intervention devraient adresser ces notifications ».

7. Google interjette appel de cette décision qu'elle demande à la cour de mettre à néant.

SAJ et Assucopie demandent à la cour, par la voie d'un appel incident de « modifier la décision dont appel et l'adapter aux mesures octroyées à Copiepresse ». Elles ne développent cependant pas cette demande dans leurs conclusions.

Copiepresse introduit une demande incidente tendant à ordonner « la saisie à titre conservatoire des biens mobiliers et immobiliers de Google, et le cas échéant le blocage des comptes bancaires et des autres avoirs de cette dernière à concurrence de 48.079.425,00 euro », étant le préjudice qu'elle prétend avoir subi en raison des contrefaçons.

IV.- DISCUSSION

1.- Sur les questions de procédure

A.- SUR LA DEMANDE D'ECARTEMENT DU DOSSIER DE PIECES DE COPIEPRESSE

8. Au motif que les conclusions de Copiepresse ne contiennent pas d'inventaire des pièces déposées, comme l'exige l'article 743 du Code judiciaire, Google demande que le dossier de pièces produit par Copiepresse soit écarté des débats.

Google ne conteste cependant pas que ces pièces lui ont été communiquées dans les délais fixés par la cour.

L'article 743, alinéa 2, du Code judiciaire, disposant que l'inventaire des pièces est annexé aux conclusions, ne prévoit aucune sanction (Cass., 30 octobre 1997, C960060N).

Il s'en déduit que le juge ne peut écarter des pièces produites par une partie qui n'aurait pas joint un inventaire sans constater que les pièces justificatives n'ont pas été communiquées ou qu'elles n'ont pas été communiquées en temps. La seule conséquence qui s'attache au défaut d'inventaire est d'ordre exclusivement probatoire. La partie qui aura joint un inventaire de ses pièces à son dossier n'aura pas à prouver la communication effective desdites pièces à son adversaire, et c'est à ce dernier qu'il appartient, le cas échéant, de signaler promptement - et sous peine d'inefficacité de l'incident - que telle ou telle pièce, quoique cotée dans l'inventaire, ne lui est pas parvenue (V. Pire, La procédure de droit commun ; L'instruction du dossier et l'audience de

plaidoiries n° 20., in Droit judiciaire, Commentaire pratique, IV.2-1 - IV.2-23 ; voy. également Liège 21 février 1995, J.L.M.B.1995, 1328).

Le moyen n'est pas fondé.

B.- SUR LA DEMANDE D'ECARTEMENT DES DERNIERES PIECES DES INTIMÉES

9. Par conclusions déposées au greffe de la cour le 14 mars 2011, Google demande l'écartement des supports visuels (slides) sur lesquels les intimées comptaient s'appuyer au cours de leurs plaidoiries ainsi que la copie de décisions de jurisprudence européenne et française intervenues après l'expiration du délai pour conclure.

A l'audience du 14 mars 2011, les parties ont marqué leur accord pour considérer que l'incident pouvait être considéré comme clos par l'octroi d'un long droit de réplique à Google, à l'issue des plaidoiries.

Il n'y a donc plus d'utilité à rencontrer le moyen soulevé par Google.

C.- SUR LA TARDIVITE DU MOYEN TIRÉ DE L'APPLICATION DU DROIT AMERICAIN

10. SAJ et Assucopie soutiennent que Google, en invoquant que la loi applicable serait la loi américaine, introduirait « un fait nouveau [la] conduisant à formuler une demande nouvelle [violant] par conséquent les articles 807 à 810 et 1042 du Code judiciaire ». Elles sollicitent que cette « demande » soit écartée pour violation du double degré de juridiction.

Google n'introduit pas une demande mais soulève un moyen.

Au demeurant, par requête déposée au greffe de la cour le 26 août 2008, Google a sollicité l'autorisation de pouvoir déposer de nouvelles conclusions, notamment sur la résolution du conflit de lois en faveur de la loi américaine et sur l'incidence du droit de la concurrence, ce qui lui a été accordé par l'ordonnance rendue par la cour le 23 octobre 2008 sur la base de l'article 748 § 2 du Code judiciaire. De plus, Copiepresse, SAJ et Assucopie ont pu conclure les dernières et répondre ainsi aux moyens nouveaux développés par Google.

Il s'en déduit que le moyen n'est pas fondé.

2.- Sur la recevabilité des demandes introduites par SAJ et Assucopie

11. Le premier juge a constaté que SAJ et Assucopie ne faisaient pas la démonstration d'une atteinte précise et concrète au droit d'auteur d'un de leurs membres, ce qui ne les empêchait cependant pas d'agir. C'est la raison pour laquelle l'ordre de cessation a été limité aux pages ou documents des auteurs dont SAJ et Assucopie justifieraient qu'elles détiennent les droits.

Google reconnaît qu'au moins trois membres de SAJ sont concernés par les articles recensés par elle dans « Google News », mais soutient qu'il n'y en aurait aucun pour Assucopie, ce qui la conduit à conclure qu'à défaut de preuve d'une atteinte commise à l'égard de l'un de ses membres, la demande d'Assucopie doit être déclarée irrecevable.

12. Assucopie dépose à la pièce 13 de son dossier la liste des articles rédigés par ses membres, publiés dans les journaux membres de Copiepresse. A la pièce 18, elle dépose également la copie de trois articles rédigés par des membres qui sont répertoriés à la pièce 13 et qui ont été publiés sur le site Lalibre.be dont il n'est pas contesté qu'il a été référencé par Google.

Il est ainsi établi que des membres d'Assucopie sont également concernés par les actes dénoncés par elle. Elle a dès lors intérêt et qualité pour introduire une action en cessation.

Le moyen d'irrecevabilité de Google n'est pas fondé.

3.- Sur la loi applicable

13. Le litige met en présence, d'une part, des éditeurs de presse belges, leurs auteurs et journalistes belges (représentés par leurs sociétés belges de gestion de droits) qui ont publié des articles de presse sur des sites exploités en Belgique, dont l'adresse électronique se termine par « .be », à destination de lecteurs ou utilisateurs établis en Belgique et, d'autre part, une société américaine qui exploite un moteur de recherche.

Il lui est reproché d'avoir copié et publié sur le site Internet Google.be des articles ou extraits d'articles sans avoir obtenu l'autorisation préalable des éditeurs et des auteurs.

Google soutient que la loi américaine serait d'application au motif que c'est aux Etats-Unis qu'elle a inséré, sur ses serveurs, les pages publiées sur les sites belges des éditeurs de journaux.

14. A supposer que la localisation physique de l'insertion des pages éditées par les membres de Copiepresse dans le moteur de recherche Google soit pertinente pour déterminer la loi applicable, il convient d'emblée de constater que Google ne dépose aucune pièce tendant à démontrer qu'elle a lieu aux Etats-Unis.

Elle est donc susceptible d'intervenir dans différents pays du monde.

15. La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 a été promulguée en vue de protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques. Elle dispose en son article 5 que :

« Article 5

Droits garantis:

1. et 2. En dehors du pays d'origine; 3. Dans le pays d'origine; 4. «Pays d'origine»

(1) Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention.

(2) La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité; cette jouissance et cet exercice sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la

protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée.

(3) La protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux.

(4) Est considéré comme pays d'origine:

(a) pour les œuvres publiées pour la première fois dans l'un des pays de l'Union, ce dernier pays; toutefois, s'il s'agit d'œuvres publiées simultanément dans plusieurs pays de l'Union admettant des durées de protection différentes, celui d'entre eux dont la législation accorde la durée de protection la moins longue;

(b) pour les œuvres publiées simultanément dans un pays étranger à l'Union et dans un pays de l'Union, ce dernier pays;

(c) pour les œuvres non publiées ou pour les œuvres publiées pour la première fois dans un pays étranger à l'Union, sans publication simultanée dans un pays de l'Union, le pays de l'Union dont l'auteur est ressortissant; toutefois,

(i) s'il s'agit d'œuvres cinématographiques dont le producteur a son siège ou sa résidence habituelle dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays, et

(ii) s'il s'agit d'œuvres d'architecture édifiées dans un pays de l'Union ou d'œuvres des arts graphiques et plastiques faisant corps avec un immeuble situé dans un pays de l'Union, le pays d'origine sera ce dernier pays ».

Aux termes de l'article 5 (4) (a) de la Convention, le pays d'origine des œuvres en cause est la Belgique puisque les articles de presse ont été publiés pour la première fois en Belgique.

La Convention n'entend pas s'appliquer dans le pays d'origine de l'œuvre sauf au cas où l'auteur n'est pas ressortissant de ce pays, un élément d'extranéité apparaissant alors, faute duquel les auteurs de la convention ne voulaient pas intervenir dans le pays d'origine (F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, Précis du droit d'auteur, Bruylant, 2000, p. 609).

Il s'en déduit que, conformément à l'article 5 (3) de la Convention, la protection en Belgique est régie par la loi belge.

16. S'appuyant sur un arrêt du 30 janvier 2007 de la Cour de cassation française (en cause de Lamore, n°03-12354), Google soutient que le conflit de lois doit être réglé sur la base de l'article 5 (2) de la Convention et que la loi du pays où la protection est réclamée n'est pas celle du pays où le dommage est subi mais celle de l'Etat sur le territoire duquel se sont produits les agissements délictueux, en l'espèce les Etats-Unis.

Cet arrêt n'est pas pertinent et ne s'applique pas aux faits de la cause.

Comme le souligne le professeur Jane C. Ginsburg de l'Université de Columbia aux Etats-Unis, laquelle a commenté la jurisprudence française relative au scannage de livres par Google (Conflit de lois dans Google Book Search, une vue de l'étranger, 2 juin 2010,

http://www.mediainstitute.org/new_site/IPI/2010/060210_ConflictOfLaws.php) et celle en rapport avec la publication sur Google Images de photographies pour lesquelles les droits d'auteur n'avaient pas été payés (Note d'observations sous TGI Paris 20 mai 2008, R.D.T.I n° 33/208, p. 508 à 520), la disposition pertinente en la matière est l'article 5 (3) et pas l'article 5 (2) de la Convention.

Tout comme dans les affaires Google Book Search et Google Images, où des auteurs français réclamaient une protection en France pour une atteinte commise en France, Copiepresse et SAJ et Assucopie réclament la protection de leurs œuvres initialement publiées en Belgique contre leur diffusion illégale en Belgique. Or, dans l'affaire Lamore, il s'agissait d'un auteur américain qui réclamait en France la protection d'une œuvre qui avait été conçue et publiée aux Etats-Unis. Les situations en fait n'étant pas de même nature, aucun enseignement ne peut être tiré de l'arrêt Lamore.

Au contraire, l'intitulé de l'article 5 de la Convention est très clair et précise que le paragraphe (2) traite de la protection des droits garantis aux auteurs en dehors du pays d'origine (ce qui n'est pas le cas en l'espèce), alors que le paragraphe (3) concerne les droits garantis dans le pays d'origine.

17. En tout état de cause, l'acte illicite est commis lorsque les œuvres protégées sont diffusées en Belgique sur le site Google.be, peu importe si elles ont été « injectées » automatiquement par des robots, prétendument situés à l'étranger.

Comme le rappelle le professeur Ginsburg (Note d'observations sous TGI Paris, loc. cit) :

« ce qui importe, quel que soit le moyen de diffusion, c'est la réception par le consommateur local d'une copie ou d'une représentation (...). La localisation découle des actes d'exploitation : l'opérateur du site web a-t-il une volonté de viser le public de France [ici le public belge] ? La localisation doit se calquer sur l'existence (ou non) d'un marché local (...). Lorsque le site vise le public de France, l'atteinte se localise en France. La question serait donc de savoir si Google propose ses services de moteur de recherche aux internautes français. La réponse doit être affirmative, aussi bien pour Google.com que pour Google.fr. En plus Google sollicite de la publicité des annonceurs français, ce qui confirme l'existence d'un marché français pour les activités de Google. La diffusion d'images [ici d'articles de presse] vers ce marché est donc bien un acte qui s'accomplit en France. Une fois que le comportement incriminé se localise en France, il n'y a pas lieu de dévier l'analyse vers la compétence d'une loi étrangère du fait du déclenchement dans ce pays tiers d'une série d'actes préalables à la contrefaçon localisée en France ».

Par ailleurs, il convient d'observer que dans son arrêt du 26 janvier 2011 (en cause de S.A.I.F. n° 08/13423), la cour d'appel de Paris, statuant sur la détermination du pays où la protection est demandée, en application de l'article 5 (2) de la Convention, a réformé le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 20 mai 2008 sur lequel Google s'appuyait et a dit pour droit que :

« Il est certain que dans le contexte d'internet le lieu du fait générateur n'est pas nécessairement le même que celui du dommage ; en l'espèce la loi française correspond à celle du juge saisi, loi du pays où la protection est demandée et celle pour lequel elle est réclamée, qui peut être celle du lieu où sont subis les agissements reprochés.

Il ne peut être retenu que le rattachement au territoire français serait insuffisant au seul motif que les faits reprochés trouvent pour l'essentiel leur origine hors de France, étant observé qu'il n'est pas réellement contesté que la loi du lieu du dommage est susceptible de s'appliquer en cas de proximité manifestement plus étroite avec le litige.

A cet égard si les services incriminés peuvent être consultés par un public francophone il n'en demeure pas moins que le litige qui porte sur le fonctionnement de Google Images concerne des services en français accessibles au public français et est principalement destiné à ce public en ce qu'il est en particulier accessible par des adresses URL en ".fr" (google.fr et images.google.fr) ; le territoire français s'avère incontestablement délibérément visé comme le pays où les images peuvent être visualisées et choisi en toute connaissance de cause.

Le lieu de connexion et de réception voulu par le titulaire du moteur de recherche constitue un critère de proximité substantiel alors que les services mis en place tendent à produire leurs effets en France et que leur objet tel que revendiqué par [Google] est « de faciliter l'accès des Internauts à l'information et à la connaissance ».

Il est ainsi suffisamment établi que le pays de réception constitue un lien de proximité manifestement plus pertinent que celui de faits générateurs pour apprécier le présent litige ».

Le même raisonnement peut être fait dans la présente cause puisque les situations en fait sont ressemblantes.

18. Enfin, à supposer que la Convention de Berne ne contiendrait pas de références suffisamment claires pour résoudre le conflit de loi dans le cadre d'une situation complexe où le lieu de la faute et du dommage seraient situés dans deux pays différents, il s'imposerait à la cour d'appliquer sa loi nationale.

Dans ce cas, il faut se référer à la règle générale contenue à l'article 4.1 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") qui dispose :

« Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

Il ne convient en effet pas d'avoir égard à l'article 8 traitant des atteintes aux droits de propriété intellectuelle ni à l'article 93 du Code de droit international privé puisque ces dispositions reprennent les mêmes termes que ceux de la Convention de Berne, à savoir « la législation du pays où [interprété par « pour lequel »] la protection est réclamée ».

A supposer que les actes préparatoires à la contrefaçon, à savoir l'injection des données dans les serveurs de Google, doivent entrer en ligne de compte pour la détermination du lieu du fait dommageable, il conviendrait alors de constater que le délit est formé par un ensemble de faits complexes situés dans des pays différents (les Etats-Unis pour l'injection et la Belgique pour la diffusion) et qu'il y a lieu de se référer à la loi du pays avec lesquels le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits (cf. article 4 (3) du Règlement 864/2007). Ainsi que cela a été dit plus haut, il s'agit de la Belgique, pays vers lequel les œuvres protégées sont diffusées sur le site Google.be.

Privilégier la loi de l'injection peut conduire à décerner un brevet d'impunité au contrefacteur puisqu'il lui suffirait de localiser ses serveurs dans des pays à faible protection en matière de droits d'auteur, ce qui est manifestement contraire au but recherché par la Convention de Berne.

Certes, une page diffusée sur un site ayant un nom de domaine se terminant par « .be » peut être lue dans le monde entier. Elle n'est cependant susceptible que d'intéresser des belges résidant à l'étranger ou des étrangers souhaitant être informés de ce qui se passe en Belgique. Leur nombre est dérisoire par rapport à tous les internautes résidant en Belgique. Cette seule circonstance ne suffit pas pour soutenir, comme le fait Google, que « les points de contact avec la Belgique sont manifestement insuffisants ».

Par ailleurs, la référence faite par Google à la règle inscrite à l'article 1.2.b de la Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1997 « câble et satellite » n'est pas pertinente dans la mesure où les situations ne sont pas comparables, notamment au niveau du risque de délocalisation.

19. Il se déduit de tout ce qui précède qu'il convient d'appliquer la loi belge.

Le moyen n'est pas fondé.

20. Afin de respecter le caractère territorial de l'injonction et de la limiter au pays d'origine, dès lors que la loi belge n'a pas vocation à régir des infractions commises dans tous les pays du monde, il conviendra, le cas échéant, de circonscrire l'ordre de cessation aux sites Google.be et Google.com.

4.- Sur la fonction « cache »

A. SUR LA REPRODUCTION ET LA COMMUNICATION AU PUBLIC

21. Il est constant que Google enregistre sur ses serveurs une copie des pages qui sont régulièrement visitées par ses robots informatiques à l'occasion du référencement de celles-ci dans le cadre du service « Google Web ». Il est également établi que lorsque l'internaute clique sur le lien « en cache », Google lui transmet cette copie.

Pour décider s'il y a eu reproduction et communication au public dans le chef de Google, il importe peu que les éléments graphiques annexes (publicité, météo, bourse et renvois à d'autres articles) soient transmis par le serveur de l'éditeur, puisque le droit d'auteur en cause porte sur l'article rédigé par les journalistes et les auteurs scientifiques, et pas sur les autres composants de la page extraite du site Internet.

Il importe peu également que l'article soit envoyé par Google en langage HTML et ensuite transformé par l'ordinateur de l'internaute en page lisible, puisque les serveurs de Google copient les pages en langage HTML, telles qu'elles sont émises dans ce langage par le serveur de l'éditeur. C'est donc bien une copie du même article, écrit dans la même forme, qui est transmise par Google à l'internaute.

Google soutient cependant que ce n'est pas elle qui reproduit et communique l'œuvre au sens de la LDA, mais bien l'internaute lorsqu'il clique sur le lien « en cache » et la télécharge sur son ordinateur. Google ne ferait que mettre à disposition de l'internaute une « installation » lui permettant de faire une copie.

22. Il n'est pas contesté que les articles de la presse quotidienne bénéficient de la protection mise en place par la LDA au titre d'œuvre littéraire ou artistique.

Aux termes de l'article 1er de la LDA, l'auteur a seul le droit de reproduire son œuvre ou d'en autoriser la reproduction, de quelque manière ou sous quelque forme que ce soit, qu'elle soit directe ou indirecte, provisoire ou permanente, en tout ou en partie. De même, l'auteur a seul le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque, y compris par la mise à disposition du public de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

Il se déduit de cette disposition que l'enregistrement par Google sur ses propres serveurs d'une page publiée par un éditeur constitue un acte matériel de reproduction. Par ailleurs, le fait pour Google de permettre aux internautes de prendre connaissance de cette copie - à ne pas confondre avec la page originale - en cliquant sur le lien « en cache » constitue une communication au public. Dans le domaine numérique, il y a reproduction dès le moment où il y a fixation, ce qui rend le téléchargement justifiable du droit de reproduction (F. De Visscher & B. Michaux, op. cit. , p. 71, n° 88).

Sans l'intervention nécessaire de Google, l'internaute ne pourrait avoir accès à cette page puisque, s'agissant d'une copie de la page telle qu'elle se présentait au moment où le site a été visité par les robots, elle n'existe plus au niveau temporel lorsque l'internaute adresse sa requête ; dans certains cas, elle n'existe même plus matériellement lorsqu'elle a été retirée du site Internet par l'éditeur.

C'est donc à tort que Google soutient que c'est l'internaute qui reproduit les articles « en cache » des journalistes et autres auteurs scientifiques publiés par les éditeurs.

23. Contrairement à ce que soutient Google, l'article 8 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 ne précise pas que le service « en cache » proposé par elle n'est pas une communication au public. Il est d'ailleurs totalement muet sur ce point.

De même, le service qui consiste à permettre de prendre connaissance d'une page archivée ne peut être assimilé à « une simple fourniture d'installations destinées à permettre ou à réaliser une communication » telle qu'elle est visée au considérant 27 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. En effet, il ne convient pas de confondre la recherche instantanée d'une page toujours publiée sur Internet au moyen du service normal « Google Web » où Google ne joue qu'un rôle de moteur de recherche et celle d'une ancienne page, telle qu'elle existait au moment où elle a été visitée par les robots informatiques de Google qui offre ainsi un service supplémentaire.

Enfin, il n'y a pas lieu d'assimiler le moteur de recherche Google à un simple copy-center mettant des photocopieurs à disposition d'étudiants pour leur permettre de copier des pages extraites de livres ou de revues scientifiques. En effet, dans le cas d'espèce, ce ne sont pas les internautes qui copient, comme le feraient des étudiants, mais Google qui met ensuite à leur disposition la copie qu'elle a réalisée.

B. SUR L'EXCEPTION DE COPIE PROVISOIRE

24. Google soutient qu'elle est en droit de bénéficier de l'exception de copie provisoire instaurée par l'article 21 § 3 de la LDA qui dispose que :

« L'auteur ne peut pas interdire les actes de reproduction provisoires qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et dont l'unique finalité est de permettre :

- une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire; ou
- une utilisation licite, d'une œuvre protégée, et qui n'ont pas de signification économique indépendante ».

Google invoque également le considérant 33 de la directive 2001/29 qui prévoit que :

« Le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, qui sont transitoires ou accessoires, qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technique et qui sont exécutés dans le seul but de permettre soit une transmission efficace dans un réseau entre tiers par un intermédiaire, soit une utilisation licite d'une œuvre ou d'un autre objet protégé. Les actes de reproduction concernés ne devraient avoir par eux-mêmes aucune valeur économique propre. Pour autant qu'ils remplissent ces conditions, cette exception couvre les actes qui permettent le survol (browsing), ainsi que les actes de prélecture dans un support rapide (caching), y compris ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, sous réserve que l'intermédiaire ne modifie pas l'information et n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information. Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi ».

25. Le caching ou mémoire cache ou antémémoire est, en informatique, une mémoire qui enregistre temporairement des copies de données provenant d'une autre source de données, afin de diminuer le temps d'accès (en lecture ou en écriture) d'un matériel informatique (en général, un processeur) à ces données. La mémoire cache est plus rapide et plus proche du matériel informatique qui demande la donnée. Les données mises en cache peuvent être par exemple un programme, un bloc d'images à traiter. (http://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9moire_cache).

Le service « en cache » de Google ne peut être assimilé au simple caching informatique dont il est question dans la directive 2001/19. Google reconnaît elle-même que le cache qu'elle propose a pour finalité de « consulter [une] copie à tout moment, et en particulier dans le cas où la page originale (ou Internet) serait inaccessible ».

Au demeurant, Google ne démontre pas que la mise « en cache » des articles en cause et surtout la communication au public de ces pages archivées est nécessaire sur le plan technique pour assurer une transmission efficace de l'œuvre, notamment en influençant la performance et la vitesse de traitement des requêtes.

Il n'est donc pas établi que le service en cause constitue « une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique permettant une transmission entre tiers [l'éditeur, propriétaire du site, et l'internaute] par un intermédiaire [Google] ».

26. De plus, une des conditions pour bénéficier de l'exception de copie provisoire est que celle-ci soit « transitoire ou accessoire ».

Un acte de reproduction ne peut être qualifié de « transitoire » au sens de la deuxième condition énoncée à l'article 5, § 1 de la directive 2001/29 que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte d'une manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée (C.J.U.E., 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq, point 64).

Or, il n'est pas contesté que la copie « en cache » reste accessible tant que l'éditeur conserve son article sur son site, ce qui peut durer plusieurs jours, semaines, mois ou années. Par ailleurs, elle reste accessible gratuitement, même lorsque l'éditeur a conditionné son téléchargement au paiement d'une redevance et ne la publie plus sur son site. De plus, il est démontré par l'exécution provisoire du jugement entrepris qu'il est possible de supprimer la fonction « en cache » de certains articles par une intervention humaine.

Il s'en déduit que Google ne peut revendiquer le bénéfice de l'exception de copie provisoire dès lors que la copie « en cache » ne saurait être qualifiée de transitoire.

5.- Sur le service « Google News »

A.- SUR LA REPRODUCTION DANS UN BUT LEGITIME

27. Google soutient que la reproduction qui lui est reprochée répond à un but légitime, à savoir celui de l'accès à l'information et ce, même en dehors de l'application des exceptions prévues par la LDA qui n'auraient aucun caractère exhaustif.

Elle affirme que la sélection des articles dont les titres et un court extrait sont reproduits dans son service "Google News" répond à un but d'indexation documentaire, exclusif d'un exposé substantiel du contenu de l'œuvre et que cette sélection ne permet pas à l'internaute de se dispenser de recourir à l'œuvre elle-même.

Au demeurant, selon elle, la reproduction des titres ne constituerait rien d'autre qu'une « note de bas de page », simple référence à une œuvre qui n'équivaldrait pas à un nouvel acte de mise à disposition.

28. Si le champ de recherche permettant de cibler celle-ci sur quelques mots clés n'est pas activé, la page "Google News" comprend la recension de trois à quatre propositions groupées chacune dans différents thèmes, tels que « A la une », « International », « Belgique », « Economie », « Sciences/Technologies », « Sports », « Culture », « Santé », soit +/- une trentaine de courts extraits d'articles. Ainsi, comme le montre la reproduction de la page du 23 novembre 2006, reproduite au point 3 du présent arrêt, chaque rubrique reprend :

- en caractère gras, un titre d'article extrait d'un organe de presse;
- la reproduction intégrale des trois premières lignes de cet article ;
- deux autres titres sur le même sujet, en caractère normal, ne reprenant cette fois que le titre et l'indication de l'éditeur ;

- et enfin l'indication du nombre d'articles traitant du même sujet.

Si l'internaute clique sur cette dernière proposition, il a accès à une autre page de "Google News" sur laquelle sont reproduits, les uns après les autres, tous les articles concernés, dans la même présentation que le premier extrait, à savoir le titre en gras et les trois premières lignes.

On constate parfois que le titre est légèrement modifié ou qu'une ligne de l'article est omise, mais sans que cela n'altère le sens de ce dernier.

Contrairement à ce que soutient Google, "Google News" n'est pas un « poteau indicateur » permettant aux internautes de rechercher plus efficacement un article de presse sur un sujet déterminé, mais la reproduction servile de la partie significative des articles référencés. Ainsi, un des extraits sur la page susdite est rédigé comme suit :

« Le Kremlin accusé par les amis de l'ex-espion
empoisonné

Le Figaro 20 nov 2006

Alexandre Litvinenko est toujours hospitalisé depuis un mystérieux
rendez-vous où il aurait reçu des informations sur le meurtre de la
journaliste Anna Politkovskaïa. Alexandre Litvinenko était un ... »

Cet extrait permet au lecteur de prendre connaissance des informations essentielles que l'éditeur et son journaliste souhaitent communiquer, soit, en l'espèce, l'accusation qui pèse sur le Kremlin, la poursuite de l'hospitalisation de Litvinenko et le rappel des raisons pour lesquelles il aurait été empoisonné. Pour comprendre l'information qui est proposée, il n'est pas nécessaire pour le lecteur de prendre connaissance de l'article entier, en cliquant sur l'extrait, sauf s'il souhaite obtenir des informations plus précises. Tout se trouve en effet résumé dans le titre et les premières phrases qui constituent l'accroche de tout article de presse, supposés capter immédiatement l'attention du lecteur.

Il est même possible de modifier la page d'accueil de "Google News" et de la personnaliser afin que n'apparaissent que des extraits relatifs à des rubriques préalablement sélectionnées, ce qui a pour effet de supprimer ce qui n'intéresse pas l'internaute et de lui permettre de concentrer son attention sur ses centres d'intérêt.

29. En ce qui concerne les parties d'une œuvre, il y a lieu de constater que rien dans la directive 2001/29 ou dans une autre directive applicable en la matière n'indique que ces parties sont soumises à un régime différent de celui de l'œuvre entière. Il s'ensuit qu'elles sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre toute entière et qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur lui-même (C.J.U.E., 16 juillet 2009, loc. cit. n° 38 et 39), ce qui est le cas en l'espèce.

Quelles que soient ses intentions, il est constant que Google a reproduit in extenso une partie d'œuvres protégées par la LDA. Eu égard à la portée large qu'il convient de donner à la notion

de droit de reproduction, tel qu'il a été défini à l'article 2 de la directive 2001/29, il convient de conclure que Google ne pouvait reproduire les titres et les extraits des articles publiés par les éditeurs, sans avoir préalablement obtenu leur autorisation.

Dès lors que le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction et la communication au public est exclusif, les exceptions et les limitations à ce droit doivent s'interpréter restrictivement et être expressément prévues. Le considérant 32 de la directive 2001/29 prévoit d'ailleurs que cette dernière « contient une liste exhaustive des exceptions et limitations ». Or, ni dans la LDA ni dans la directive il n'est prévu d'exception générale de communication « dans un but légitime » sur laquelle Google s'appuie. Seules peuvent être prises en compte les exceptions prévues aux articles 21 et suivants de la LDA qui seront examinées ci-après.

B.- SUR LA COMMUNICATION AU PUBLIC

30. Google soutient que, dans le cadre du service "Google News", elle ne communiquerait pas au public l'œuvre protégée, mais qu'elle se bornerait à placer des références permettant aux internautes d'avoir accès aux sites des éditeurs.

Une fois encore, Google confond les services « Google Web » et "Google News".

Ainsi que cela a été démontré plus haut, "Google News" ne se limite pas à placer des hyperliens mais reproduit des parties significatives des articles des éditeurs.

Il y a donc bien communication au public.

C.- SUR L'EXCEPTION DE CITATION

31. Google soutient qu'elle doit pouvoir bénéficier, dans le cadre d'une revue de presse, de l'exception de citation prévue à l'article 21, § 1er de la LDA qui dispose :

« Les citations, tirées d'une œuvre licitement publiée, effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi, ne portent pas atteinte au droit d'auteur.

Les citations visées à l'alinéa précédent devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, à moins que cela ne s'avère impossible ».

Depuis la modification de la LDA par la loi du 22 mai 2005, une citation peut être insérée dans une revue de presse (A. Berenboom, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, Larcier, 2008, page 172, n° 93). Il convient donc de vérifier, d'une part, si "Google News" est une revue de presse et, d'autre part, si les autres conditions prévues par la loi, qui sont cumulatives, sont respectées.

32. La revue de presse n'est pas définie dans la LDA. Toutefois, par analogie avec le droit français (Cass. fr., 30 janvier 1978), il peut être admis qu'une revue de presse consiste en « une présentation conjointe et comparative de divers commentaires émanant de journalistes différents et concernant un même thème ou un même événement ». A ce titre, elle peut bénéficier de l'exception de citation, si elle remplit les conditions suivantes :

- élaboration par un organe de presse, qui ne saurait s'opposer à l'utilisation réciproque de ses propres articles par les autres organes de presse cités pour leurs propres revues de presse;
- regroupement organisé par thème ou événement: la revue de presse doit faire montre d'un effort de compilation témoignant d'un travail de classement;
- respect du droit moral et patrimonial des auteurs: citations courtes qui ne devraient pas dispenser le lecteur de lire l'article original, mention complète de l'auteur et de l'organe source permettant au lecteur de s'y reporter aisément.

Or, il a été démontré plus haut qu'un internaute qui consulte "Google News" est parfaitement informé de l'essentiel de ce qui est publié dans la presse, sans qu'il soit nécessaire de consulter les articles eux-mêmes. "Google News" a donc vocation, dans une certaine mesure, à se substituer aux sites des éditeurs.

"Google News" - qui n'est pas publié par un organe de presse - peut ainsi être qualifié de « panorama » de la presse, à distinguer d'une revue de presse (sur la différence entre ces deux notions, voy. http://fr.wikipedia.org/wiki/Revue_de_presse).

"Google News" ne constitue qu'une reproduction de parties d'articles de presse, classés par rubriques, sans aucun commentaire ni lien entre eux. Il est même affirmé qu'il serait automatisé, en dehors de toute intervention humaine. Il s'en déduit que ces extraits ne sont pas reproduits pour illustrer un propos, défendre une opinion ou réaliser une synthèse sur un point particulier.

Or, l'exception de citation ne se justifie que dans la mesure justifiée par le but poursuivi. La citation ne doit rester qu'un accessoire, notamment pour illustrer un commentaire (A. Berenboom, op. cit. p. 172, n° 93.). Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce.

Il ne peut donc être soutenu que "Google News" puisse être assimilé à une revue de presse. En tout cas, ce service ne correspond pas à un usage loyal et conforme à ce que pratiquent les organes de presse, lorsqu'ils procèdent à une revue de presse.

33. Le considérant 44 de la directive 2001/29 précise que :

« Lorsque les exceptions et les limitations prévues par la présente directive sont appliquées, ce doit être dans le respect des obligations internationales. Ces exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière qui cause un préjudice aux intérêts légitimes du titulaire de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de son œuvre ou autre objet. Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés ».

Dès lors qu'un internaute qui consulte "Google News" est parfaitement informé de l'essentiel de ce qui est publié dans la presse, sans qu'il soit nécessaire de consulter les articles eux-mêmes, il ne peut être contesté que les éditeurs, les journalistes et les auteurs scientifiques subissent un préjudice dans le cadre de l'exploitation normale de leur œuvre, dans la mesure où les

internauts ne sont pas nécessairement dirigés vers la page originale sur laquelle l'article est publié.

Les éditeurs risquent ainsi de subir un préjudice financier puisque leurs revenus publicitaires sont directement liés au nombre de visiteurs de leur site et les auteurs pourraient se plaindre d'une violation de l'intégrité de leur œuvre. Les conditions prévues par la loi (respect des usages honnêtes et absence d'atteinte aux droits d'auteur) ne sont donc pas respectées.

34. Enfin, le nom de l'auteur de l'article n'est pas mentionné dans "Google News". Le fait que ce panorama de presse serait réalisé automatiquement n'exonère pas Google de l'obligation contenue dans l'article 21, § 1er de la LDA. En tout cas, elle ne prouve pas que cela s'avère impossible : s'il est possible, sur le plan informatique, de copier un titre d'article et les premières lignes de celui-ci - et parfois en les modifiant légèrement - pourquoi les robots ne seraient-ils pas capables d'enregistrer la signature qui se trouve soit en début soit en fin d'article ?

35. Il se déduit de tout ce qui précède que Google ne peut revendiquer l'exception de citation prévue dans la LDA.

D.- SUR L'EXCEPTION DE COMPTE-RENDU D'ACTUALITE

36. Google invoque également le bénéfice de l'exception fondée sur le compte rendu d'actualité prévu à l'article 22, §1er, 1° de la LDA qui dispose que :

« Lorsque l'œuvre a été licitement publiée, l'auteur ne peut interdire:

1° la reproduction et la communication au public, dans un but d'information, de courts fragments d'œuvres ou d'œuvres plastiques dans leur intégralité à l'occasion de comptes rendus d'événements de l'actualité ».

37. Le but du législateur était, non d'étendre le droit de citation, mais d'introduire une exception en faveur des médias d'information qui n'ont pas le temps matériel de demander l'autorisation des auteurs. Cette disposition doit donc être interprétée restrictivement, seules se justifient les citations qui, en raison de la nécessité d'une information rapide, n'ont pu faire l'objet d'un consentement de l'auteur (A. Berenboom, op. cit., p. 173, n° 94).

Or, Google reconnaît que les articles restent référencés pendant 30 jours.

Il s'en déduit que l'exception ne peut s'appliquer.

En tout état de cause, dès lors que les sociétés de gestion des droits sont habilitées à conclure avec certains utilisateurs des contrats généraux relatifs à l'exploitation des droits d'auteur - ce qui dispense ceux-ci de recueillir préalablement l'autorisation des ayants droit - Google ne peut soutenir qu'elle serait dans l'impossibilité matérielle d'obtenir l'autorisation des éditeurs, journalistes et auteurs scientifiques : il lui suffit en effet de conclure avec les intimées des contrats généraux autorisant la reproduction d'extraits d'articles dans "Google News".

E.- SUR L'ATTEINTE AUX DROITS MORAUX

38. SAJ et Assucopie soutenaient devant le premier juge que le service "Google News" portait atteinte aux droits moraux des auteurs dont elles sont les mandataires, en ce que leurs droits de divulgation, de paternité et d'intégrité étaient violés.

39. La recevabilité des demandes introduites par les sociétés de gestion n'est plus contestée en appel. En tout état de cause, les intimées produisent des mandats spéciaux de leurs membres en vue de leur confier la gestion de leurs droits moraux.

40. C'est à bon droit que le premier juge a constaté qu'il n'y avait, en l'espèce, pas d'atteinte au droit de divulgation, dès lors que les articles en cause avaient été préalablement publiés sur les sites Internet des éditeurs. Google est donc en droit de se prévaloir de la règle de l'épuisement puisque le droit de divulgation ne peut s'exercer qu'une fois.

41. Il a déjà été dit pour droit plus haut que le service "Google News" portait atteinte au droit de paternité puisque le nom de l'auteur n'est pas mentionné.

42. Quant au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre, c'est à bon droit également que le premier juge a constaté que, dès lors que seul un extrait est reproduit, l'œuvre est modifiée.

Le simple fait que l'internaute sait ou doit savoir que ce qu'il voit sur l'écran n'est qu'un extrait de l'article et qu'il a la possibilité de prendre connaissance de celui-ci dans son entièreté en cliquant sur l'hyperlien, n'implique pas que l'auteur a donné son consentement à ce que son œuvre ne soit publiée qu'en extraits.

6.- Sur l'extension de la demande au service « Google News Archive »

43. SAJ et Assucopie demandent, dans le dispositif de leurs conclusions, d'étendre l'injonction de cessation au service « Google News Archive Search ».

Google affirme cependant, sans être contredite, que ce service n'existe pas en Belgique.

Il convient dès lors de dire cette demande non fondée ou, en tout cas, prématurée, dès lors qu'aucune atteinte par ce service au droit d'auteur n'a pu encore être constatée en Belgique.

7.- Sur le « test des trois étapes »

44. L'article 5.5 de la directive 2001/29 contenant le « test des trois étapes » dispose que :

« Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit ».

Encore que lors de la transposition en droit belge de la directive, le législateur a préféré ne pas inscrire expressis verbis le « test des trois étapes » dans la loi, considérant qu'il s'agissait davantage d'un outil à destination du législateur qu'un mécanisme permettant au juge de restreindre l'exercice d'une exception (S. Dussolier, « Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur » R.L.D.I. 2007, n° 26, p. 74), il suit des considérations qui précèdent qu'il a bien été procédé au « test des trois étapes ».

En effet, il a été dit plus haut qu'en l'espèce, la reproduction «en cache » portait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre dans la mesure où les internautes pouvaient avoir accès à une page qui était soit supprimée du site des éditeurs soit n'était accessible que moyennant paiement et était de nature à leur causer un préjudice injustifié.

Il en est de même pour le service "Google News", dans la mesure où les auteurs sont en droit de réclamer une rémunération raisonnable pour une nouvelle publication de leur œuvre sous la forme d'un extrait substantiel, laquelle est par ailleurs de nature à porter préjudice à l'intégrité de l'œuvre.

Il a également été constaté que Google ne pouvait se prévaloir d'aucune exception au droit de reproduction et que, partant, il n'a pas été porté atteinte à ses droits. A cet égard, il convient de constater que le litige n'existe que parce que Google se refuse à conclure un accord raisonnable avec les sociétés de gestion collective, alors qu'elle en a largement les moyens financiers.

45. Quant aux nouvelles limitations et exceptions au droit d'auteur, non prévues par la loi, auxquelles Google invite la cour à procéder, il suffit de rappeler que, dès lors que le droit de reproduction est exclusif, toute exception ne peut être interprétée que restrictivement et qu'il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se substituer au législateur en cette matière.

Il sera cependant répondu plus amplement à Google sur le respect des intérêts légitimes des tiers lorsque la cour abordera les moyens invoquant l'abus de droit et la violation des droits de l'Homme et du principe de la libre concurrence.

8.- Sur l'existence d'une autorisation de reproduction

46. Google soutient qu'elle a obtenu du journal L'Echo une autorisation expresse de reproduction de ses articles et que, d'une manière générale, elle peut se prévaloir d'une autorisation explicite ou à tout le moins implicite de tous les éditeurs de reproduire tout ou partie des articles publiés sur leur site ou de les mettre « en cache », dès lors qu'ils n'ont pas activé sur leur site les « méta-balises » de robots ainsi que les fichiers /robot.txt qui permettent d'interdire aux robots de Google de les référencer.

47. Il résulte effectivement d'un mail adressé à Google, le 7 mai 2004, par le quotidien L'Echo, membre de Copiepresse, qu'il sollicitait « l'ajout du site www.lecho.be dans « Google actualités ». De même, dans un mail du 26 janvier 2006, un délégué de L'Echo écrivait: « je pense que nos informations, spécialement belges, enrichiraient vraiment votre site belge de news ».

Il s'en déduit que L'Echo a donné son autorisation pour la reproduction de ses articles sur "Google News".

Ne disposant pas de plus de droits que ceux de ses membres, Copiepresse ne pouvait donc solliciter pour L'Echo une interdiction de reproduction des articles dans "Google News".

L'autorisation ne concerne cependant pas le service « en cache », et ce d'autant plus que L'Echo publie sur son site des articles dont la consultation est payante et qui pourraient être consultables gratuitement par le lien « en cache ».

Il convient donc de réformer le jugement entrepris sur ce point, étant cependant précisé que cette autorisation est toujours révocable moyennant un préavis raisonnable et exprès, puisqu'il

s'agit d'un accord portant sur une durée indéterminée. L'intentement de l'action par Copiepresse ne peut être considéré comme l'expression de L'Echo de mettre fin à cette autorisation.

48. Les méta-balises (ou meta tags) sont des balises spéciales situées dans l'en-tête d'un document HTML afin de fournir notamment des informations permettant aux moteurs de recherche d'indexer une page web.

Ainsi, si la balise « no archive » est activée, le robot du moteur de recherche est, en principe, incapable de garder la page dans son « cache ». Le fichier « robot.txt » permet, quant à lui de donner des instructions aux robots en les autorisant ou en leur interdisant de référencer tout ou partie des pages d'un site Internet.

En 2006, lors de l'intentement de l'action, les éditeurs n'avaient pas actionné ces balises, ce qui a permis à Google de référencer toutes leurs pages, notamment « en cache ». Depuis le prononcé du jugement entrepris et afin d'en assurer l'exécution provisoire, elles le font, ce qui permet à Google de ne référencer les pages que sur son service ordinaire "Google Web" et pas « en cache ». Les parties n'expliquent cependant pas comment il serait possible techniquement, au moyen de ces balises, d'empêcher Google de reproduire les titres et les trois premières lignes des articles dans le service "Google News".

49. Google revendique le bénéfice des techniques modernes de marketing qui ont développé le concept de permission implicite de collecter des données, dénommée « Opt-in » (pour « option d'adhésion ») et « Opt-out » (pour « option de retrait »).

Il s'agit de la manière dont sont collectées les données personnelles (en particulier les adresses électroniques) des internautes. On distingue quatre possibilités d'inscription d'un internaute à une liste de diffusion. Dans la liste qui suit, la liberté de choix de l'internaute est de plus en plus réduite :

1/ L'opt-in actif: l'internaute doit volontairement cocher une case ou faire défiler un menu déroulant pour que son adresse (ou d'autres données qui lui sont propres) soient utilisées ultérieurement à des fins commerciales.

2/ L'opt-in passif: une case est déjà précochée ou un menu déroulant déjà positionné sur oui (à la question voulez-vous recevoir des sollicitations ultérieures ?). Avec l'opt-in, l'accord de l'internaute est explicite.

3/ L'opt-out actif: Il faut cocher une case ou sélectionner un menu déroulant pour ne pas recevoir de message ultérieurement. On considère l'accord de l'internaute comme acquis par défaut, comme implicite.

4/ L'opt-out passif: en s'inscrivant à un service, l'internaute est automatiquement inscrit à une liste de diffusion sans qu'il ait la possibilité de changer cela au moment de l'inscription. La désinscription ne peut se faire qu'après l'inscription.

L'accord de l'internaute est demandé a posteriori (http://www.journaldunet.com/encyclopedie/definition/286/33/21/opt-in_opt-out.shtml).

Dès lors qu'elle avait la possibilité technique d'explorer l'entièreté des sites des éditeurs, Google en déduit que ceux-ci lui avaient donné l'autorisation de reproduire leur contenu. En résumé, sa

thèse consiste à soutenir que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, ce qui implique que ses relations avec les propriétaires des sites s'inscriraient dans un régime opt-out.

50. Cette thèse est incompatible avec l'exigence d'autorisation explicite qui caractérise le droit d'auteur.

Le droit de reproduction est exclusif et absolu. L'émergence d'une société de l'information n'empêche pas que les auteurs ne puissent pas bénéficier d'un niveau élevé de protection (considérant 9 de la directive 2001/29), efficace et rigoureux (considérant 11) et d'une portée large (Arrêt Infopaq, point 43).

Dès lors que la propriété intellectuelle est reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété (considérant 9), il ne peut être admis qu'un titulaire soit privé de ses droits par le simple fait qu'il a omis de mettre en œuvre un procédé technique ou, comme le dit d'une manière imagée SAJ, qu'il serait « légal de dérober le contenu d'une maison dont une porte est ouverte ! ».

La cour partage l'opinion du professeur Carine Bernault de l'Université de Nantes qui écrit que : « soumettre le droit d'auteur à la technique revient à créer une situation de dépendance à l'égard de systèmes qui - on le sait - ne seront jamais infaillibles. Enfin, et peut-être surtout, il faut mesurer l'impact de cette évolution sur la nature même du droit d'auteur. S'il est légitime de profiter de la technique et d'encadrer son utilisation, dès lors qu'elle est conçue comme un outil pour assurer le respect des droits, il semble en revanche excessif d'y voir la condition de cette effectivité. Il faut donc résister à la tentation d'imposer le recours à ces mesures techniques, faute de quoi on pourrait aller jusqu'à considérer que l'ayant droit qui n'a pas utilisé la solution technique à sa disposition pour empêcher une exploitation de son œuvre est privé de tout recours contre le contrefacteur. Il faut donc que ces mesures techniques restent au service de la règle sociale (juridique si l'on veut), de la règle choisie par le corps social. Il ne serait pas acceptable que les logiciels devinssent en quelque sorte l'instrument de normalisation de la société dite de l'information, une 'loi' technique qui s'imposerait subrepticement ! » (C. BERNAULT, "La tentation d'une régulation technique du droit d'auteur", Revue Lamy Droit de l'immatériel, avril 2006, p. 61 ; voy. à cet égard l'opinion concordante du professeur Séverine Dusollier de l'Université de Namur, « Le géant aux pieds d'argile : Google News et le droit d'auteur », même revue, avril 2007, pp. 70 et sv.).

51. Pour les mêmes motifs, c'est en vain que Google se prévaut d'une licence implicite. Au demeurant, l'article 3, §1er, alinéa 3 de la LDA dispose que les dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation.

Il s'en déduit qu'une autorisation expresse, certaine et préalable des auteurs est indispensable pour l'exploitation des articles par Google, laquelle est inexistante, sauf pour L'Echo dans le cadre de "Google News".

9.- Sur l'application de la loi du 11 mars 2003 sur les services de l'information

52. Google revendique le bénéfice de l'exonération de responsabilité relative aux prestataires de l'Internet, telle que visée dans la section 4 de la directive européenne n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, ainsi que dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information transposant cette directive en droit belge.

Les articles 12, 13 et 14 de la directive invoqués par Google disposent que :

« Article 12

Simple transport ("Mere conduit")

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

- a) ne soit pas à l'origine de la transmission;
- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 13

Forme de stockage dite "caching"

1. Les États membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:

- a) le prestataire ne modifie pas l'information;
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information

et

e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 14

Hébergement

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente

ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».

53. Comme le souligne à bon droit le premier juge, en l'espèce, c'est le comportement de Google qui est incriminé et non le contenu des sites auxquels Google permet l'accès.

Il n'est pas reproché à Google « de ne pas avoir vérifié la licéité des contenus ciblés par les hyperliens indexés sur ses services », mais de copier elle-même sur ses serveurs des articles publiés par les éditeurs et de communiquer ces copies aux internautes (service « en cache ») et de reproduire, par insertion dans "Google News", des extraits significatifs de ces articles, sans autorisation et en dehors des exceptions prévues par la loi.

Au demeurant, il convient de rappeler que le choix du législateur européen était de ne pas inclure les moteurs de recherche dans les prestataires de services intermédiaires bénéficiant

d'une exonération de responsabilité. L'article 21, 2 de la directive confirme expressément ce choix du législateur européen en ce qu'il prévoit que la Commission devra examiner la nécessité d'adapter la directive et de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteur de recherche.

Dès lors que les moteurs de recherche ne bénéficient pas du régime juridique spécifique à la catégorie des intermédiaires techniques bénéficiant d'une immunité de principe, c'est le droit commun qui s'applique, lequel veut que le droit d'auteur soit respecté par tous, y compris les moteurs de recherche (A. Berenboom, op. cit. p.313, n° 201).

54. En tout état de cause, en ce qui concerne le service « en cache », il n'est nullement établi que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

Google reconnaît que ce service a d'autres fonctions, notamment de permettre à l'internaute de consulter une (ancienne) page lorsque que celle-ci n'est plus accessible. Comme dit plus haut, ce service ne s'apparente pas au « caching », tel qu'il est compris en informatique.

De plus, ce qui est cause, n'est pas tant le fait de garder un article en mémoire interne - encore qu'il s'agisse incontestablement d'une reproduction par fixation - mais surtout de communiquer au public cette copie et pas l'hyperlien qui aurait permis d'avoir accès au site de l'éditeur.

Enfin, il a été établi que les pages pouvaient rester « en cache » pendant une très longue durée, ce qui n'est pas conforme avec l'exigence légale de transitivité éphémère.

Il s'en déduit que « le stockage « en cache » effectué systématiquement par Google ne constitue pas réellement une activité liée à la transmission des contenus sur les réseaux, soit à un "proxy caching" visé par la directive sur le commerce électronique, mais s'apparente davantage à une copie d'archivage ou une copie miroir des sites consultés par le moteur de recherche. Que ce type de copies soit couvert par le régime d'exonération ne peut être défendu » (S. DUSSOLIER, op. cit., p. 71).

55. Quant à "Google News", il a été dit plus haut que ce service ne peut être assimilé à un simple référencement comme "Google Web" et qu'il ne se limite pas à transmettre un hyperlien à l'internaute.

A cet égard, Google ne peut être assimilée à un simple « hébergeur ». Elle ne se contente pas de stocker les informations. Elle les sélectionne, les classe dans un ordre et selon une méthode qui lui est propre, notamment en privilégiant tel article plutôt qu'un autre en le mettant en caractères gras, en reproduit une partie et même, parfois, en modifie le contenu.

Google n'est donc pas un « intermédiaire passif ».

10.- Sur l'application de l'article 10 de la CEDH

56. Google soutient que la LDA, telle qu'interprétée par les parties intimées, viole l'article 10 de la CEDH et revendique pour elle le droit « de communiquer librement des informations ».

57. L'article 10, § 2 de la CEDH dispose que :

« L'exercice de ces libertés [liberté d'opinion et liberté de recevoir ou de communiquer des informations] comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

En l'espèce, il n'est pas question d'empêcher le public d'accéder à une quantité de plus en plus grande d'informations, mais de vérifier si un opérateur économique peut reprendre à son compte et reproduire sans autorisation préalable des informations qui ont déjà été communiquées au public par un organe de presse. Par ailleurs, comme cela a déjà été rappelé à plusieurs reprises, dans le cadre des services « en cache » et "Google News", Google ne se limite pas à référencer des hyperliens vers des articles, comme elle le fait dans "Google Web" ; la balance des intérêts en présence à laquelle elle demande à la cour de procéder ne concerne donc pas la liberté de communiquer cet hyper lien pour avoir accès à l'information sous-jacente.

58. A supposer que les services en cause de Google doivent être qualifiés de « communication d'informations » - ce que les intimées contestent - il convient de rappeler que l'article 10, § 2 de la CEDH dispose que la protection des droits d'autrui [en l'espèce la propriété intellectuelle qu'il y a lieu de ranger parmi les droits de propriété] peut justifier la stipulation d'une formalité, condition, restriction ou sanction au libre exercice du droit de communiquer une information.

Le législateur européen a bien pris en considération les libertés fondamentales, puisqu'il énonce dans le 3ème considérant de la directive 2001/29 que :

« L'harmonisation envisagée contribuera à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété intellectuelle et de la liberté d'expression et de l'intérêt général ».

Par ailleurs, il ne peut être contesté que le respect du droit de propriété constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique. Il est d'ailleurs garanti par le 1er protocole additionnel de la CEDH.

Les cours de cassation française et belge admettent que le droit à l'information puisse trouver sa limite dans les droits garantis aux auteurs. Ainsi, la liberté de défendre son opinion et la liberté d'écouter ou de transmettre toute information ou idée, sans crainte de l'ingérence de l'Etat et sans restrictions, ne font pas obstacle à la protection de l'originalité de la manière suivant laquelle l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et concepts (Cass., 25 septembre 2003, C.03.0026.N) ; « [il n'y a pas] d'atteinte au droit public à l'information et à la culture [en raison] du monopole légal de l'auteur sur son œuvre [qui] est une propriété incorporelle, garantie au titre du droit de toute personne physique ou morale au respect de ses biens, et à laquelle le législateur apporte des limites proportionnées, tant par les exceptions inscrites à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle que par l'abus notoire prévu à l'article L. 122-9 du même Code » (Cass. fr., 13 novembre 2003, n° 01-14.385, Bull., 2003, I, n° 229, p. 181) ; le droit à l'information du public consacré par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales trouve ses limites dans le respect des autres droits identiquement protégés ; il en est ainsi des droits de propriété

intellectuelle, biens au sens de l'article 1 du Protocole additionnel (Cass. fr., 2 octobre 2007, n° 05-14.928, www.legifrance.gouv.fr).

Enfin, et contrairement à ce que soutient Google, son service n'est pas paralysé par le droit d'auteur, dans la mesure où il lui est loisible de conclure des contrats généraux avec les sociétés de gestion collective, la dispensant de recueillir l'autorisation préalable de chaque éditeur, ce qui assurera à ces derniers et aux auteurs la rémunération raisonnable à laquelle ils ont droit. Certes, le service "Google News" est gratuit et ne comporte, en Belgique, aucune publicité ; cette circonstance n'implique cependant pas que la balance économique des intérêts en présence penche en faveur de Google, puisqu'il faut tenir compte que cette gratuité n'est possible qu'en raison des recettes très importantes que Google engrange par l'attractivité de tous ses services et des glissements horizontaux de revenus que cette interactivité permet.

Il s'en déduit que la LDA, qui a transposé la directive, n'est pas contraire à l'article 10 de la CEDH.

11.- Sur l'abus de droit

59. Google se dit victime d'un abus de droit, dans la mesure où les éditeurs, les journalistes et les auteurs scientifiques exerceraient leurs droits d'auteur dans un but purement économique, soit d'une manière détournée de leur finalité. Elle soutient qu'il n'existe guère de différence entre les services "Google Web" et "Google News" et que, partant, les éditeurs devraient adopter la même attitude vis-à-vis de ces deux services. Enfin, elle affirme que l'exercice du droit d'auteur entraîne un désavantage disproportionné dans le chef de Google et procède d'une intention de nuire dans le chef des auteurs.

60. Il a déjà été répondu à tous ces arguments dans les développements qui précèdent.

La cour rappelle que les services "Google Web" et "Google News" ne sont pas identiques, que la reproduction d'extraits d'articles dans "Google News" est de nature à porter préjudice aux éditeurs et aux journalistes et viole leurs droits d'auteur en les privant, notamment, d'une juste rémunération.

Le fait de réclamer une compensation financière en contrepartie d'une autorisation de reproduction ne peut être qualifié de détournement du droit d'auteur puisque la loi elle-même a prévu l'existence de droits patrimoniaux, cessibles et transmissibles conformément aux règles du Code civil.

Il a également été rappelé qu'il n'existe aucun désavantage disproportionné au détriment de Google qui a toujours la possibilité de conclure des contrats généraux et qui devrait être capable, techniquement, de mentionner le nom des auteurs, si ceux-ci apparaissent, sur la page d'origine.

Enfin, les éditeurs étaient en droit de considérer que leurs relations avec les moteurs de recherche ne s'inscrivaient pas dans un régime opt-out. Partant, le fait de mettre en œuvre les procédures de protection prévues par la LDA ne constitue pas la preuve d'une « intention de nuire », au seul motif qu'ils n'avaient pas activé, en son temps, les balises adéquates. A cet égard, il est symptomatique de constater que Google reproche aux éditeurs de ne pas avoir pris les dispositions techniques pour éviter le référencement de certaines pages de leurs sites, mais ne s'est jamais inquiétée d'obtenir leur accord pour reproduire des extraits de celles-ci dans "Google News".

L'abus de droit n'est pas établi.

12.- Sur le comportement anticoncurrentiel de Copiepresse

61. Google soutient que l'action collective de Copiepresse est contraire à l'article 2 de la loi sur la protection économique [coordonnée le 15 septembre 2006] (en abrégé LPCE) ainsi qu'à l'article 81, §1 du Traité des communautés européennes [lire 101, §1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, abrégé TFUE] et qu'elle abuse de sa position dominante, ce qui est contraire à l'article 3 de la LPCE et 82 du Traité CE [lire 102 du TFUE] en ce qu'elle poursuit un objectif anticoncurrentiel.

Les griefs de Google sont les suivants :

- en ce qui concerne les accords entre entreprises :
- l'action fondée sur le droit d'auteur n'est qu'un prétexte pour freiner les activités de Google, perçue comme concurrente (point 234 de ses conclusions) ;
- les membres de Copiepresse auraient, d'une part, pris une décision collective préalable de ne pas paramétrer correctement leurs sites respectifs de manière à éviter leur référencement dans les liens « en cache » de "Google Web" et dans "Google News", et, d'autre part, instrumentalisé une action collective aux fins de limiter la concurrence (point 234) ;
- les membres de Copiepresse ont, par leur comportement collectif et artificiel, placé Google dans une situation prétendument illicite, en ne lui donnant pas la possibilité de connaître les parties du site qu'ils ne souhaitent pas voir référencées, l'obligeant, après le prononcé du jugement entrepris, à déréférencer complètement tous les sites, réduisant ainsi la qualité du service "Google Web" (point 239 de ses conclusions) ;
- le leitmotiv de l'action de Copiepresse est avant tout financier et protectionniste, dans la mesure où elle tente de freiner l'arrivée d'un nouveau service sur le marché et d'obtenir des revenus additionnels que les membres n'auraient pu obtenir individuellement (point 240) ;
- en ce qui concerne l'abus de position dominante :
- Copiepresse place artificiellement Google dans une situation illicite pour utiliser ensuite le droit d'auteur afin de restreindre l'accès au marché d'un nouvel acteur, perçu comme un concurrent et de lui soutirer des conditions commerciales déraisonnables (point 248) ;
- les membres de Copiepresse se sont concertés pour permettre le référencement de leurs sites afin de pouvoir ensuite éliminer la concurrence provenant de "Google News" en introduisant une action collective en cessation (point 251).

62. Sans entrer dans les méandres du droit de la concurrence, notamment la définition préalable des marchés à laquelle Google ne procède pas et la remise en cause de l'existence même des sociétés de gestion collective pourtant reconnues par la C.J.U.E. (cf. arrêts Sperziebonen du 27 mars 1974 et Greenwich du 25 octobre 1979), il convient d'emblée d'observer que tous ces griefs participent d'une seule et même prémisse erronée : ils supposent que les éditeurs auraient volontairement fait croire à Google qu'ils adhéraient à un régime opt-out de référencement en n'activant pas les balises adéquates, pour l'inciter ainsi à commettre un acte illicite et se

positionner ensuite en victime, ce qui leur permettait de réclamer d'importants dommages et intérêts.

Ce procès d'intention, fondé sur une concertation malveillante, ne repose sur aucune pièce et est dénué de toute pertinence.

Au contraire, la lettre de mise en demeure du conseil de Copiepresse du 13 juillet 2006 ne réclame aucune indemnisation ; elle se borne à invoquer le respect du droit d'auteur et à demander de supprimer dans "Google News" et dans le cache de Google les articles de ses membres. Elle ne tend pas et n'a pas pour effet d'écarter Google d'un quelconque marché, sur lequel, à défaut de définition des marchés en cause, il n'est pas possible de dire si les parties sont concurrentes.

Quant à Google, elle ne s'est jamais inquiétée que ses pratiques pouvaient être en contradiction avec la protection des droits intellectuels, alors qu'elle faisait déjà l'objet de procès à cet égard, notamment en France. Si elle avait pris contact avec les éditeurs pour solliciter leur autorisation, elle aurait pu conclure un contrat général avec les sociétés de gestion collective et éviter ainsi de s'exposer aux conséquences d'une procédure judiciaire en contrefaçon.

De plus, c'est aux cours et tribunaux et pas à Copiepresse qu'il reviendra de déterminer l'éventuelle indemnisation due aux auteurs pour les actes de contrefaçon commis par Google. En ce qui concerne l'avenir, il appartiendra aux parties de négocier éventuellement un contrat général qui n'est pas obligatoire, car rien n'empêche, à défaut d'autorisation - ce qui est l'essence même du droit d'auteur - que les quotidiens de la presse francophone belge ne soient pas référencés s'ils ne le désirent pas. Cette circonstance ne porte pas préjudice à une entreprise de taille mondiale comme Google et n'est pas de nature à l'empêcher de se développer sur le marché des moteurs de recherche. En tout état de cause, il appartiendra toujours aux cours et tribunaux d'apprécier si, à cette occasion, Copiepresse ne commettrait pas un abus de position dominante en réclamant un tarif abusif, ce qui ne fait pas l'objet du présent débat.

63. Il s'en déduit qu'aucune preuve factuelle n'est rapportée que les membres de Copiepresse auraient conclu un accord ou adopté des pratiques concertées en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ou auraient abusé de leur éventuelle position dominante en tentant d'imposer des tarifs non équitables ou de limiter les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs.

Le moyen n'est pas fondé.

13.- Sur de la demande de saisie conservatoire

64. Craignant l'insolvabilité de Google, Copiepresse introduit une demande nouvelle tendant à l'autoriser à pratiquer une saisie conservatoire de ses biens mobiliers et immobiliers.

Cette demande n'est pas fondée.

Copiepresse ne démontre pas que le recouvrement des dommages et intérêts qu'elle entend réclamer à Google serait compromis par la situation financière de celle-ci.

Le seul fait que le cours de l'action ait chuté à l'occasion de la crise financière de 2008 - comme ce fut le cas pour toutes les entreprises - ne suffit pas à rencontrer l'exigence de célérité stipulée

à l'article 584, 5° du Code judiciaire. Au contraire, le graphique du cours de l'action repris à la page 54 des conclusions de Copiepresse démontre que cette action a entrepris une nette remontée à partir du mois de mars 2008.

14.- Sur les dépens

65. Eu égard à la complexité de la cause, dans laquelle les parties ont échangé 290 pages de conclusions, il y a lieu de fixer le montant de l'indemnité de procédure réclamée par SAJ et Assucopie au montant maximal sollicité, soit 10.000,00 euro , entretemps indexé à 11.000,00 euro . Celles-ci étant représentées par un même avocat, elles n'ont droit qu'à une seule indemnité de procédure.

Quant à Copiepresse, à défaut de demande spécifique, il y a lieu de lui allouer le montant de base de 1.320,00 euro .

V.- DISPOSITIF

Pour ces motifs, la cour,

1. Reçoit les appels et la demande incidente de Copiepresse.
2. Dit l'appel de Google très partiellement fondé dans la mesure précisée ci-après.
3. Réforme le jugement entrepris en ce qu'il a condamné « Google à retirer de tous ses sites (...) tous les articles, photographiques et représentations graphiques (...) »;

Statuant à nouveau sur ce seul point, reformule comme suit l'ordre de cessation :

Condamne Google à retirer des sites Google.be et Google.com, plus particulièrement des liens « en cache » visibles sur "Google Web" et du service "Google News", tous les articles, photographies et représentations graphiques des éditeurs belges de presse quotidienne francophone et germanophone, représentés par Copiepresse, et des auteurs dont SAJ et Assucopie justifieront qu'elles détiennent les droits, sous peine d'une astreinte de 25.000,00 euro par jour de retard, sauf en ce qui concerne le quotidien L'Echo pour le seul service "Google News".

Confirme le jugement entrepris pour le surplus.

4. Dit l'appel incident de SAJ et Assucopie non fondé et les en déboute.
5. Dit la demande nouvelle de Copiepresse non fondée et l'en déboute.
6. Délaisse les dépens d'appel à Google et la condamne à payer à SAJ et Assucopie 11.000,00 euro d'indemnité de procédure et 1.320,00 euro à Copiepresse.

Ainsi jugé et prononcé en audience civile publique de la neuvième chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le

où étaient présents :

Henry MACKELBERT, conseiller ff. président,

Marie-Françoise CARLIER, conseiller,

Marc VAN DER HAEGEN, conseiller suppléant

Patricia DELGUSTE, greffier.

P. DELGUSTE M. VAN DER HAEGEN

M.-F. CARLIER H. MACKELBERT

Annexe 13 : Compromis de la présidence estonienne du 30 octobre 2017



Brussels, 30 October 2017
(OR. en)

13842/17

Interinstitutional File:
2016/0280 (COD)

PI 126
CODEC 1715
RECH 348
EDUC 388
COMPET 716
AUDIO 119
CULT 127
DIGIT 226
TELECOM 256

NOTE

From:	Presidency
To:	Delegations
No. prev. doc.:	11783/17, 12533/17
No. Cion doc.:	12254/16
Subject:	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Consolidated Presidency compromise proposal

Delegations will find in Annexes I and II a consolidated Presidency compromise proposal, to be discussed at the meeting of the Working Party on Intellectual Property (Copyright) on 6/7 November.

Changes in relation to previous versions are in ~~strike through~~ and **bold/underlined**. As regards Art. 13 and relevant recitals 37-39c, highlighted parts reflect the changes compared to the Commission proposal.

13842/17

DGG 3B

LK/np

1
EN

DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
on copyright in the Digital Single Market
(Text with EEA relevance)

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,
Having regard to the Treaty on the Functioning of the European Union, and in particular Article 114 thereof,

Having regard to the proposal from the European Commission,

After transmission of the draft legislative act to the national parliaments,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee¹,

Having regard to the opinion of the Committee of the Regions²,

Acting in accordance with the ordinary legislative procedure,

Whereas:

- (1) The Treaty provides for the establishment of an internal market and the institution of a system ensuring that competition in the internal market is not distorted. Harmonisation of the laws of the Member States on copyright and related rights should contribute further to the achievement of those objectives.
- (2) The directives which have been adopted in the area of copyright and related rights provide for a high level of protection for rightholders and create a framework wherein the exploitation of works and other protected subject-matter can take place. This harmonised legal framework contributes to the good functioning of the internal market; it stimulates innovation, creativity, investment and production of new content, also in the digital environment. The protection provided by this legal framework also contributes to the Union's objective of respecting and promoting cultural diversity while at the same time bringing the European common cultural heritage to the fore. Article 167(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union requires the Union to take cultural aspects into account in its action.

¹ OJ C , , p. .

² OJ C , , p. .

- (3) Rapid technological developments continue to transform the way works and other subject-matter are created, produced, distributed and exploited. New business models and new actors continue to emerge. The objectives and the principles laid down by the Union copyright framework remain sound. However, legal uncertainty remains, for both rightholders and users, as regards certain uses, including cross-border uses, of works and other subject-matter in the digital environment. As set out in the Communication of the Commission entitled 'Towards a modern, more European copyright framework'³, in some areas it is necessary to adapt and supplement the current Union copyright framework. This Directive provides for rules to adapt certain exceptions and limitations to digital and cross-border environments, as well as measures to facilitate certain licensing practices as regards the dissemination of out-of-commerce works and the online availability of audiovisual works on video-on-demand platforms with a view to ensuring wider access to content. In order to achieve a well-functioning marketplace for copyright, there should also be rules on rights in publications, on the use of works and other subject-matter by online service providers storing and giving access to user uploaded content and on the transparency of authors' and performers' contracts.

³ COM(2015) 626 final.

- (4) This Directive is based upon, and complements, the rules laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council⁴, Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council⁵, Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council⁶, Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council⁷, Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council⁸ and Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council⁹.

⁴ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases (OJ L 77, 27.3.1996, p. 20–28).

⁵ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ L 167, 22.6.2001, p. 10–19).

⁶ Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property (OJ L 376, 27.12.2006, p. 28–35).

⁷ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (OJ L 111, 5.5.2009, p. 16–22).

⁸ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works (OJ L 299, 27.10.2012, p. 5–12).

⁹ Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market (OJ L 84, 20.3.2014, p. 72–98).

- (5) In the fields of research, education and preservation of cultural heritage, digital technologies permit new types of uses that are not clearly covered by the current Union rules on exceptions and limitations. In addition, the optional nature of exceptions and limitations provided for in Directives 2001/29/EC, 96/9/EC and 2009/24/EC in these fields may negatively impact the functioning of the internal market. This is particularly relevant as regards cross-border uses, which are becoming increasingly important in the digital environment. Therefore, the existing exceptions and limitations in Union law that are relevant for scientific research, teaching and preservation of cultural heritage should be reassessed in the light of those new uses. Mandatory exceptions or limitations for uses of text and data mining technologies in the field of scientific research, illustration for teaching in the digital environment and for preservation of cultural heritage should be introduced. ~~For uses not covered by the exceptions or the limitation provided for in this Directive, the~~The exceptions and limitations existing in Union law should continue to apply, including to text and data mining, education and preservation activities, as long as they do not limit the scope of the mandatory exceptions laid down in this Directive and on condition that their application does not adversely affect nor circumvent the mandatory rules set out in this Directive. Directives 96/9/EC and 2001/29/EC should be adapted.
- (6) The exceptions and the limitation provided for in this Directive seek to achieve a fair balance between the rights and interests of authors and other rightholders on the one hand, and of users on the other. They can be applied only in certain special cases which do not conflict with the normal exploitation of the works or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholders.

- (7) The protection of technological measures established in Directive 2001/29/EC remains essential to ensure the protection and the effective exercise of the rights granted to authors and to other rightholders under Union law. This protection should be maintained while ensuring that the use of technological measures does not prevent the enjoyment of the exceptions and the limitation established in this Directive. Rightholders should have the opportunity to ensure this through voluntary measures. They should remain free to choose the appropriate means of enabling the beneficiaries of the exceptions and the limitation established in this Directive to benefit from them. In the absence of voluntary measures, Member States should take appropriate measures in accordance with the first subparagraph of Article 6(4) of Directive 2001/29/EC, including where works and other subject-matter are made available through on-demand services.
- (8) New technologies enable the automated computational analysis of information in digital form, such as text, sounds, images or data, generally known as text and data mining. Those technologies allow researchers to process large amounts of information with a view to gaining new knowledge and discovering new trends. Whilst text and data mining technologies are prevalent across the digital economy, there is widespread acknowledgment that text and data mining can in particular benefit the research community and in so doing support innovation. These technologies benefit research organisations as well as cultural heritage institutions, which may also carry out research in the context of their main activities. However, in the Union, such organisations and institutions are confronted with legal uncertainty as to the extent to which they can perform text and data mining of content. In certain instances, text and data mining may involve acts protected by copyright and/or by the *sui generis* database right, notably the reproduction of works or other subject-matter and/or the extraction of contents from a database. Where there is no exception or limitation which applies, an authorisation to undertake such acts would be required from rightholders.

- (8a) Text and data mining may also be carried out in relation to mere facts or data which are not protected by copyright and in such instances no authorisation is required under copyright law. There may also be instances of text and data mining which do not involve acts of reproduction or where the reproductions made fall under the mandatory exception for temporary acts of reproduction laid down in Article 5(1) of Directive 2001/29/EC, which should continue to apply to text and data mining techniques which do not involve the making of copies beyond the scope of that exception.
- (9) Union law provides for certain exceptions and limitations covering uses for scientific research purposes which may apply to acts of text and data mining. However, those exceptions and limitations are optional and not fully adapted to the use of technologies in scientific research. Moreover, where researchers have lawful access to content, for example through subscriptions to publications or open access licences, the terms of the licences may exclude text and data mining. As research is increasingly carried out with the assistance of digital technology, there is a risk that the Union's competitive position as a research area will suffer unless steps are taken to address the legal uncertainty for text and data mining.
- (10) This legal uncertainty should be addressed by providing for a mandatory exception to the exclusive right of reproduction and also to the right to prevent extraction from a database. In line with the existing European research policy, which encourages universities and research institutes to develop collaborations with the private sector, research organisations should also benefit from the exception when their research activities are carried out in the framework of public-private partnerships. While research organisations and cultural heritage institutions should remain the beneficiaries of the exception, they should be able to rely on their private partners for carrying out text and data mining, including by using their technological tools.

(11) Research organisations across the Union encompass a wide variety of entities the primary goal of which is to conduct scientific research or to do so together with the provision of educational services. The term "scientific research" within the meaning of this Directive covers both the natural sciences and the human sciences. Due to the diversity of such entities, it is important to have a common understanding of research organisations. They should for example cover entities such as research institutes, universities, including university libraries, or other higher education institutions. Despite different legal forms and structures, research organisations across the Member States generally have in common that they act either on a not for profit basis or in the context of a public-interest mission recognised by the State. Such a public-interest mission may, for example, be reflected through public funding or through provisions in national laws or public contracts. Conversely, organisations upon which commercial undertakings have a decisive influence allowing them to exercise control because of structural situations such as their quality of shareholders or members, which may result in preferential access to the results of the research, should not be considered research organisations for the purposes of this Directive.

(11a) Cultural heritage institutions should be understood as including, among others, national publicly accessible libraries and national archives. They should also include ~~belonging to~~ educational establishments and ~~archives belonging to~~ public sector broadcasting organisations, as far as their archives and publicly accessible. ~~They should also include national libraries are concerned and national archives.~~

- (11b) Research organisations and cultural heritage institutions, **including the persons attached thereto**, should be covered by the text and data mining exception regarding content to which they have lawful access. Lawful access should be understood as covering access to content **based on open access policy or** through contractual arrangements between rightholders and research organisations or cultural heritage institutions, such as subscriptions, or through other lawful means, ~~for example based on open access policy.~~ For instance, in cases of subscriptions taken by research organisations or cultural heritage institutions, ~~individuals~~ **the persons attached thereto** covered by these subscriptions would be deemed to have lawful access. Lawful access also covers access to content that is freely available online.
- (11c) Research organisations and cultural heritage institutions may in certain cases, for example for subsequent verification of scientific research results, need to retain the copies made under the exception for the purposes of carrying out text and data mining. In such cases, the copies made should not be retained for longer than is necessary for the scientific research activities. Member States may determine, at national level and after discussions with relevant stakeholders, the concrete modalities for retaining the copies, **including the possibility to appoint trusted bodies for the purpose of storing such copies**. In order not to unduly restrict the application of the exception, these modalities should be proportionate and limited to what is needed for retaining the copies in a safe manner and preventing unauthorised uses. **Uses for the purpose of scientific research other than text and data mining, such as scientific peer review and joint research, should remain covered, where applicable, by the exception or limitation provided for in Article 5(3)(a) of Directive 2001/29/EC.**
- (12) In view of a potentially high number of access requests to and downloads of their works or other subject-matter, rightholders should be allowed to apply measures when there is a risk that the security and integrity of their systems or databases could be jeopardised. Such measures could for example be used to ensure that only persons having lawful access to their data can access it, including through IP address validation or user authentication. These measures should however remain proportionate to the risks involved and should not prevent or make excessively difficult text and data mining carried out by researchers.

- (13) In view of the nature and scope of the exception, which is limited to entities carrying out scientific research ~~on a non-for-profit basis or pursuant to a public interest mission~~, any potential harm to rightholders created through this exception should be minimal. Therefore, Member States should not provide for compensation for rightholders as regards uses under the text and data mining exception introduced by this Directive.
- (14) Article 5(3)(a) of Directive 2001/29/EC allows Member States to introduce an exception or limitation to the rights of reproduction, communication to the public and making available to the public of works and other subject matter in such a way that members of the public may access them from a place and a time individually chosen by them, for the sole purpose of, ~~among others~~, illustration for teaching. In addition, Articles 6(2)(b) and 9(b) of Directive 96/9/EC permit the use of a database and the extraction of a substantial part of its contents for the purpose of illustration for teaching. The scope of those exceptions or limitations as they apply to digital uses is unclear. In addition, there is a lack of clarity as to whether those exceptions or limitations would apply where teaching is provided online and at a distance. Moreover, the existing legal framework does not provide for a cross-border effect. This situation may hamper the development of digitally-supported teaching activities and distance learning. Therefore, the introduction of a new mandatory exception or limitation is necessary to ensure that educational establishments benefit from full legal certainty when using works or other subject-matter in digital teaching activities, including online and across borders.
- (15) While distance learning and cross-border education programmes are mostly developed at higher education level, digital tools and resources are increasingly used at all education levels, in particular to improve and enrich the learning experience. The exception or limitation provided for in this Directive should therefore benefit all educational establishments recognised by a Member State, including primary, secondary, vocational and higher education. It should apply only to the extent that the uses are justified by the non-commercial purpose of the particular teaching activity. The organisational structure and the means of funding of an educational establishment should not be the decisive factors to determine the non-commercial nature of the activity.

(16) The exception or limitation ~~should cover~~for the sole purpose of illustration for teaching provided for in this Directive should be understood as covering digital uses of works and other subject-matter ~~such as the use of parts or extracts of works~~ to support, enrich or complement the teaching, including learning activities. ~~Uses allowed under~~In most cases, the exception or limitation should be understood to cover the specific accessibility needs of persons with a disability in the context of illustration for teachingconcept of illustration would therefore imply uses of parts or extracts of works only. When implementing the exception or limitation, Member States should remain free to specify, for the different categories of works or other subject-matter and in a balanced manner, the proportion of a work or other subject-matter that may be used for the sole purpose of illustration for teaching. Uses allowed under the exception or limitation should be understood to cover the specific accessibility needs of persons with a disability in the context of illustration for teaching.

(16a) The use of the works or other subject-matter under the exception or limitation should be only in the context of teaching and learning activities carried out under the responsibility of educational establishments, including during examinations or teaching activities taking place outside the premises of educational establishments, and be limited to what is necessary for the purpose of such activities. The exception or limitation should cover both uses of works and other subject matter made in the classroom or in other venues through digital means ~~in the classroom and online~~, for example electronic whiteboards or digital devices which may be connected to the Internet, as well as uses made at a distance through secure electronic networks, such as online courses or access to teaching material complementing a given course. Secure electronic networks should be understood as digital teaching and learning environments access to which is limited to the educational establishment's ~~secure electronic network, the access to which should be protected~~teaching staff and to the pupils or students enrolled in a study programme, notably by appropriate authentication procedures.

- (17) Different arrangements, based on the implementation of the exception provided for in Directive 2001/29/EC or on licensing agreements covering further uses, are in place in a number of Member States in order to facilitate educational uses of works and other subject-matter. Such arrangements have usually been developed taking account of the needs of educational establishments and different levels of education. Whereas it is essential to harmonise the scope of the new mandatory exception or limitation in relation to digital uses and cross-border teaching activities, the modalities of implementation may differ from a Member State to another, to the extent they do not hamper the effective application of the exception or limitation or cross-border uses. This should allow Member States to build on the existing arrangements concluded at national level. In particular, Member States could decide to subject the application of the exception or limitation, fully or partially, to the availability of adequate licences, covering at least the same uses as those allowed under the exception. Member States could notably use this mechanism to give precedence to licences for materials which are primarily intended for the educational market or for sheet music. In order to avoid that such mechanism results in legal uncertainty or administrative burden for educational establishments, Member States adopting this approach should take measures to ensure that rightholders make the licensing schemes allowing digital uses of works or other subject-matter for the purpose of illustration for teaching easily available and that educational establishments are aware of the existence of such licensing schemes. Such measures may include the development of licensing schemes tailored to the needs of educational establishments and the development of information tools aimed at ensuring the visibility of the existing licensing schemes.
- (17a) Member States should remain free to provide that rightholders receive fair compensation for the digital uses of their works or other subject-matter under the exception or limitation for illustration for teaching provided for in this Directive. For the purposes of determining the possible level of fair compensation, due account should be taken, inter alia, of Member States' educational objectives and of the harm to rightholders.

- (18) An act of preservation of a work or other subject-matter in the collection of a cultural heritage institution may require a reproduction and consequently the authorisation of the relevant rightholders. Cultural heritage institutions are engaged in the preservation of their collections for future generations. Digital technologies offer new ways to preserve the heritage contained in those collections but they also create new challenges. In view of these new challenges, it is necessary to adapt the current legal framework by providing a mandatory exception to the right of reproduction in order to allow those acts of preservation.
- (19) Different approaches in the Member States for acts of preservation by cultural heritage institutions hamper cross-border cooperation and the sharing of means of preservation by such institutions in the internal market, leading to an inefficient use of resources.
- (20) Member States should therefore be required to provide for an exception to permit cultural heritage institutions to reproduce works and other subject-matter permanently in their collections for preservation purposes, for example to address technological obsolescence or the degradation of original supports. Such an exception should allow for the making of copies by the appropriate preservation tool, means or technology, in the required number and at any point in the life of a work or other subject-matter to the extent required for preservation purposes. Acts of reproduction undertaken by cultural heritage institutions for purposes other than the preservation of works and other subject-matter in their permanent collections should remain subject to the authorisation of rightholders, unless permitted by other exceptions or limitations provided for by Union law.

- (20a) Cultural heritage institutions do not necessarily have the technical means or expertise to undertake the acts required to preserve their collections themselves, particularly in the digital environment, and may therefore have recourse to the assistance of other cultural institutions and other third parties for that purpose. Under this exception, cultural heritage institutions should therefore be allowed to rely on third parties acting on their behalf and under their responsibility, including those that are based in other Member States, for the making of copies.
- (21) For the purposes of this Directive, works and other subject-matter should be considered to be permanently in the collection of a cultural heritage institution when copies are owned or permanently held by such institutions, for example as a result of a transfer of ownership or licence agreements or permanent custody arrangements.
- (22) Cultural heritage institutions should benefit from a clear framework for the digitisation and dissemination, including across borders, of out-of-commerce works or other subject-matter. However, the particular characteristics of the collections of out-of-commerce works, together with the amount of works involved in mass digitisation projects, mean that obtaining the prior consent of the individual rightholders may be very difficult. This can be due, for example, to the age of the works or other subject-matter, their limited commercial value or the fact that they were never intended for commercial use. It is therefore necessary to provide for measures to facilitate the collective licensing of rights in out-of-commerce works that are permanently in the collections of cultural heritage institutions and thereby to allow the conclusion of agreements with cross-border effect in the internal market.

- (23) Member States should, within the framework provided for in this Directive, have flexibility in choosing the specific type of mechanism, such as extended collective licensing or presumption of representation, allowing for licences for out-of-commerce works to extend to the rights of rightholders that have not mandated a representative collective management organisation, in accordance with their legal traditions, practices or circumstances. Member States should also have flexibility in determining ~~whether the~~ requirements for collective management organisations ~~are to be~~ sufficiently representative, as long as this is based on a significant number of rightholders in the relevant type of works or other subject-matter-who have given a mandate allowing the licensing of the relevant type of use. Member States should be free to establish specific rules applicable to cases where more than one collective management organisation is representative for the relevant works or other subject matter, requiring for example joint licences or an agreement between the relevant organisations.
- (24) For the purpose of those licensing mechanisms, a rigorous and well-functioning collective management system is important. That system includes in particular rules of good governance, transparency and reporting, as well as the regular, diligent and accurate distribution and payment of amounts due to individual rightholders, as provided for by Directive 2014/26/EU. Additional appropriate safeguards should be available for all rightholders, who should be given the opportunity to exclude the application of such mechanisms to their works or other subject-matter in general or in relation to particular works or other subject-matter or to particular licences at any time before or under the duration of the licence. Conditions attached to those mechanisms should not affect their practical relevance for cultural heritage institutions. It is important that when a rightholder excludes the application of such mechanisms to one or more of their works or other subject-matter, the informed collective management organisation does not continue to issue licences covering the relevant uses and any ongoing uses are terminated within a reasonably short period. Such exclusion by the rightholder should not affect their claim to remuneration for the actual use of the work or other subject-matter.

(24a) This Directive does not affect the possibility for Member States to determine the allocation of legal responsibility for the compliance of the licensing and the use of out-of-commerce works with the conditions set out in this Directive and for the compliance of the parties with the terms of those licenses.

(25) Considering the variety of works and other subject-matter in the collections of cultural heritage institutions, it is important that the licensing mechanisms introduced by this Directive are available and can be used in practice for different types of works and other subject-matter, including photographs, software, phonograms, audio-visual works and unique works of art, irrespective of whether they have ever been commercially available. Never-in-commerce works may include posters, leaflets, trench journals or amateur audiovisual works, but also unpublished works or other subject-matter, **without prejudice to other applicable legal constraints**. When a work is available in any of its different versions, such as subsequent editions of literary works and alternate cuts of cinematographic works, or in any of its different manifestations, such as digital and printed formats of the same work, this work or other subject-matter should not be considered out-of-commerce. Conversely, the commercial availability of adaptations, including other language versions or audiovisual adaptations of a literary work, should not preclude the determination of the out-of-commerce status of a work. In order to reflect the specificities of different types of works and other subject-matter as regards modes of publication and distribution and to facilitate the usability of those mechanisms, specific requirements and procedures may have to be established by Member States for the practical application of those licensing mechanisms, **such as a time period which needs to have been elapsed since the first commercial availability of the work**. It is appropriate that Member States consult rightholders, users and collective management organisations when doing so.

- (25a) When determining whether works and other subject-matter are out-of-commerce, a reasonable effort should be required to assess their availability to the public in the customary channels of commerce, taking into account the characteristics of the particular work or set of works. The reasonable effort should not have to be repeated over time but it should also take account of any easily accessible evidence of upcoming availability of works in the customary channels of commerce. A work-by-work assessment or a verification of availability also across borders should only be required when this is considered reasonable, for example when information on the Member State in which a literary work was first published in a given language version is easily available and that Member State is different from the one in which the cultural heritage institution is established. In many cases the out-of-commerce status of a set of works could be determined through a proportionate mechanism, such as sampling. The limited availability of a work, such as its availability in second-hand shops, or the theoretical possibility to obtain a licence to a work should not be considered as availability to the public in the customary channels of commerce.
- (26) For reasons of international comity, the licensing mechanisms for the digitisation and dissemination of out-of-commerce works provided for in this Directive should not apply to sets of out-of-commerce works ~~which~~ when there is available evidence to presume that they predominantly consist of works or other subject-matter that are first published or, in the absence of publication, first broadcast in a third country or, in the case of cinematographic or audiovisual works, to works the producer of which has his headquarters or habitual residence in a third country. Those mechanisms should also not apply to sets of out-of-commerce works ~~which~~ when there is available evidence to presume that they predominantly consist of works or other subject-matter of third country nationals except when they are first published or, in the absence of publication, first broadcast in the territory of a Member State or, in the case of cinematographic or audiovisual works, to works of which the producer's headquarters or habitual residence is in a Member State.

(27) ~~As~~The contracting cultural heritage institutions and collective management organisations should remain free to agree on the territorial scope of the licence, the licence fee and the allowed uses. Uses covered by such licence should not be for profit making purpose, including when copies are distributed by the cultural heritage institution, such as in the case of promotional material about an exhibition. At the same time, as the digitisation of the collections of cultural heritage institutions can entail significant investments, any licences granted under the mechanisms provided for in this Directive should not prevent cultural heritage institutions from generating reasonable revenues ~~in order to cover~~for the purposes of covering the costs of the licence and the costs of digitising and disseminating the works and other subject-matter covered by the licence.

(28) Information regarding the future and ongoing use of out-of-commerce works and other subject-matter by cultural heritage institutions on the basis of the licensing mechanisms provided for in this Directive and the arrangements in place for all rightholders to exclude the application of licences to their works or other subject-matter should be adequately publicised both before a licence is granted and during the operation of the licence as appropriate. This is particularly important when uses take place across borders in the internal market. It is therefore appropriate to make provision for the creation of a single publicly accessible online portal for the Union to make such information available to the public for a reasonable period of time before the use takes place. This portal should provide rightholders with a possibility to exclude the application of licences to their works or other subject-matter. Under Regulation (EU) No 386/2012 of the European Parliament and of the Council¹⁰, the European Union Intellectual Property Office is entrusted with certain tasks and activities, financed by making use of its own budgetary means, aiming at facilitating and supporting the activities of national authorities, the private sector and Union institutions in the fight against, including the prevention of, infringement of intellectual property rights. It is therefore appropriate to rely on that Office to establish and manage the European portal making such information available. In addition to making the information available through the portal, further appropriate publicity measures may need to be taken on a case-by-case basis in order to increase the awareness of affected rightholders, for example through the use of additional channels of communication to reach a wider public. The necessity, the nature and the geographic scope of the additional publicity measures should depend on the characteristics of the relevant out-of-commerce works or other subject-matter, the terms of the licences and the existing practices in Member States. **Publicity measures should be effective without the need to inform each rightholder individually.**

¹⁰ Regulation (EU) No 386/2012 of the European Parliament and of the Council of 19 April 2012 on entrusting the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) with tasks related to the enforcement of intellectual property rights, including the assembling of public and private-sector representatives as a European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights (OJ L 129, 16.5.2012, p. 1–6).

(28a) A functioning copyright framework that works for all parties requires the availability of proportionate, legal mechanisms for the licensing of works. Systems such as extended collective licensing or presumptions of representation are a well-established practice in several Member States and can provide such solutions, allowing relevant licensing organisations, which are owned or controlled by their rightholder members (or entities representing rightholders) or organised on a not for profit basis, to offer licences covering large volumes of works or other subject-matter for certain types of use, and distribute the revenue received to rightholders.

(28b) In the case of some uses, together with the large amount of works involved, the transaction cost of individual rights clearance is prohibitively high compared to the commercial value of the use, and without effective collective licensing mechanisms transactions in these areas are unlikely to take place. Extended collective licensing and similar mechanisms have made it possible to conclude agreements in areas affected by this market failure where traditional collective licensing does not provide an exhaustive solution for covering all works and other subject-matter to be used. These mechanisms serve as a complement to collective management based on individual mandates, by providing full legal certainty to users.

(28c) Given the increasing importance of the ability to offer flexible licensing solutions in the digital age, and the increasing use of such schemes in Member States, it is beneficial to further clarify in Union law the status of licensing mechanisms allowing collective management organisations to conclude licences, on a voluntary basis, irrespective of whether all rightholders have authorised the organisation to do so. Member States should have the ability to maintain and introduce such schemes in accordance with their legal traditions, practices or circumstances, subject to the safeguards provided for in this Directive and in full respect of Union law and their international obligations related to copyright. These schemes would only have effect in the territory of the Member State concerned, unless otherwise provided for in Union law. Member States should have flexibility in choosing the specific type of mechanism allowing for licences for works or other subject-matter to extend to the rights of rightholders that have not authorised the organisation that concludes the agreement, as long as it guarantees sufficient protection of the non-member rightholders. Such mechanisms may include extended collective licensing and presumptions of representation.

(28d) It is important that such mechanisms are only applied in certain cases where the licensing of works by other means, notably individual licensing, would be impractical and thus unlikely to occur. It is equally important that the licensed use neither affects adversely the economic value of the relevant rights nor deprives rightholders of significant commercial benefits. Moreover, Member States should ensure that appropriate safeguards are in place to protect the interests of rightholders that are not represented by the organisation offering the licence so that the licensed uses do not unreasonably prejudice their legitimate interests.

(28e) Specifically, to justify the extended effect of the mechanisms, the organisation should be, on the basis of authorisations from rightholders, sufficiently representative of the types of works or other subject-matter and of the rights which are the subject of the licence. Moreover, to ensure legal certainty and confidence in the mechanisms, the collective management organisation should assume legal responsibility for uses authorised by the licence agreement. Equal treatment should be guaranteed to all rightholders whose works are exploited under the licence as regards, notably, access to information on the licensing and the distribution of remuneration. Publicity measures should be effective without the need to inform each rightholder individually. Rightholders must also be given the opportunity to exclude the application of such mechanisms to their works or other subject-matter; this is important to ensure that they can easily retain control of their works, and prevent any uses of said works that they feel are prejudicial to their interests. Therefore, in such cases, any ongoing uses should be terminated within a reasonably short period. However, the requirement of this Directive to provide for such an opportunity to rightholders is without prejudice to cases when Union or international law allow mandatory collective management in relation to those rights which are the subject of the licence. Member States may also decide that additional measures are appropriate to protect rightholders.

(28f) The purpose and scope of any licence granted as a result of these mechanisms, as well as the possible users, should always be carefully, narrowly and clearly defined in national legislation or in the licences authorised by a competent national authority. The ability to operate a licence under these mechanisms should also be limited to organisations regulated by national law implementing Directive 2014/26/EU.

(28g) Given the different traditions and experiences with extended collective licensing across Member States and their applicability to rightholders irrespective of their nationality or their Member State of residence, it is important to ensure transparency and dialogue at Union level about the practical functioning of these mechanisms, including as regards the effectiveness of safeguards for rightholders, their usability and the potential need to lay down rules to give such schemes cross-border effect within the internal market. To ensure transparency, information about the use of such mechanisms under this Directive should be regularly published by the Commission. Member States that have introduced such mechanisms should therefore inform the Commission about relevant national legislation and its application in practice. Such information should be discussed with Member States in the contact committee referred to in Article 12(3) of Directive 2001/29/EC. The Commission should publish a report by 31 December 2020 on the use of such mechanisms in the Union and their impact on licensing and rightholders.

(29) Video-on-demand services have the potential to play a decisive role in the dissemination of audiovisual works across the European Union. However, the availability of those works, in particular European works, on video-on-demand services remains limited. Agreements on the online exploitation of such works may be difficult to conclude due to issues related to the licensing of rights. Such issues may, for instance, appear when the holder of the rights for a given territory ~~is not interested in the online exploitation of the work and~~ has low economic incentive to exploit a work online and does not license or holds back the online rights, which can lead to the unavailability of audiovisual works on video-on-demand services. Other issues may be linked to the windows of exploitation.

(30) To facilitate the licensing of rights in audiovisual works to video-on-demand services, this Directive requires Member States to provide for a negotiation mechanism allowing parties willing to conclude an agreement to rely on the assistance of an impartial body or mediator. For that purpose, Member States may either create a new body or rely on an existing one that fulfils the conditions established by this Directive. Member States may designate one or more competent bodies or mediators. The body should meet with the parties and help with the negotiations by providing professional and external advice. The body could meet with the parties to facilitate the start of negotiations or in the course of the negotiations to facilitate the conclusion of an agreement. The use of and the participation in the negotiation mechanism should remain voluntary and should not affect the parties' contractual freedom. Against that background, Member States should be free to decide on the concrete functioning of the negotiation mechanism, including the timing and duration of the assistance to negotiations and the bearing of the costs. Member States should ensure that administrative and financial burdens remain proportionate to guarantee the efficiency of the negotiation mechanism.

Recitals 31 to 35 see Annex II

(36) Publishers, including those of press publications, books or scientific publications, often operate on the basis of the transfer of authors' rights by means of contractual agreements or statutory provisions. In this context, publishers make an investment with a view to the exploitation of the works contained in their publications and may in some instances be deprived of revenues where such works are used under exceptions or limitations, such as the ones for private copying and reprography, including the corresponding existing national schemes for reprography in the Member States, or under public lending schemes. In a number of Member States the compensation or remuneration for such uses is shared between authors and publishers. In order to take account of this situation and improve legal certainty for all concerned parties, Member States should be allowed to determine that, when an author has transferred or licensed his rights to a publisher or otherwise contributes with his works to a publication and there are systems in place to compensate for the harm caused by an exception or limitation, publishers are entitled to claim a share of such compensation. The same possibility should exist for remuneration for public lending. The Member States should remain free to determine the burden on the publisher to substantiate his claim for the compensation or remuneration ~~should not exceed what is required under the system in place.~~ ~~Member States should remain free~~and to lay down the conditions as to the sharing of this compensation or remuneration between authors and publishers in accordance with their national systems.

(37) Over the last years, the functioning of the online content marketplace has gained in complexity. Online services providing access to copyright protected content uploaded by their users ~~without the involvement of right holders~~ have flourished and have become main sources of access to content online. This Legal uncertainty exists as to whether such online services engage in copyright relevant acts and need to obtain authorisations from rightholders for the content uploaded by their users who do not hold the relevant rights in the uploaded content. This situation affects rightholders' possibilities to determine whether, and under which conditions, their work and other subject matter are content is used as well as their possibilities to get an appropriate remuneration for it. It is therefore necessary to clarify the copyright relevant obligations applicable to online services storing and providing access to copyright protected content uploaded by their users, without affecting other services, such as internet access ~~Where information society service providers store and, providers of cloud services, which allow users to upload content for their individual use such as cyber lockers or online marketplaces. The clarification should be targeting the specific situation of online services whose main or one of the main purposes is to provide access to the public to copyright protected works or other subject matter content uploaded by their users, thereby going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to without affecting the public, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption provided in application of Article 143(1) and (2) of Directive 2000/31/EC 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council** in other situations.~~

¹¹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (OJ L 178, 17.7.2000, p. 1–16).

(38) This directive clarifies, taking into account the case law of the Court of Justice of the European Union, under which conditions information society service providers whose main or one of the main purposes is to store and provide access to the public to copyright-protected works or other protected subject-matter uploaded by their users are engaging in an act of communication to the public and, as a consequence, are required to obtain an authorisation from the relevant rightholders for the use of the content. When assessing whether there is an act of communication to the public, two cumulative criteria need to be assessed, namely whether there is an act of communication of a copyright protected work or other subject matter and whether there is a public. In line with the case law of the Court of Justice of the European Union the concept of communication to the public needs to be assessed on an individual basis and taking into account complementary criteria which are not autonomous and are interdependent. The Court has for example indicated that there is an act of communication to the public when one intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to a copyright-protected work. The Court has also underlined the relevance of the profit-making nature of the activity when assessing whether a person is engaging in an act of communication to the public.

(38a) Taking into account the fact that certain online services have become main sources of access to protected content online and have developed their activity around such access, and the case law of the Court of Justice of the European Union, it is appropriate to clarify that online services, whose main or one of the main purposes is to provide access to copyright protected content uploaded by their users are engaging into acts of communication to the public and making available to the public when they intervene in full knowledge of the consequences of their action to provide access to protected content with the purpose of obtaining profit therefrom by organising it in such a manner that it is easily findable on their services. Organising content involves for example indexing the content, presenting it in a certain manner and categorizing it.

(38b) Where authorisations are granted by rightholders to information society services for the use of their content uploaded by their users of the services, these authorisations should also cover the liability of the users for copyright relevant acts but only in cases where the users do not act in their professional capacity.

(38c) In order to ensure that rightholders can exercise their rights, they should be able to prevent the functioning availability of any licensing agreement, their content on the online services which allow users to upload copyright protected content, regardless of whether such services are engaging into acts of communication to the public or acts of making available to the public, when these services give access to a significant amount of copyright protected content and thereby compete on the online content services' market. It is therefore necessary to provide that information society service providers storing that store and providing give access to the public to large amounts a significant amount of copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users should take appropriate and proportionate measures to ensure the protection of works or other subject matter copyright protected content, such as implementing effective technologies.

This It is reasonable to expect that this obligation should also apply applies when the information society service providers are eligible for the limited liability exemption regime provided for in Article 14 of Directive 2000/31/EC, due to their role in giving access to copyright protected content. The obligation of measures should apply to service providers established in the Union but also to service providers established in third countries, which offer their services to users in the Union.

(38d) The obligation to take measures to ensure the protection of copyright protected content should not apply to information society service providers which only store but do not give access to the public to copyright protected content, such as internet access providers, or providers of cloud services which are used by users to upload content for their individual use or to online marketplaces which are not used by users to access and consume digital content online but rather to provide access to works in the context of their main activity. Nor should it apply to providers of online services where the content is mainly uploaded by the rightholders themselves or is authorised by them.

- (38e) The assessment of whether an information society service provider stores and gives access to a significant amount of content needs to be made on a case-by-case basis and take account of a combination of elements, such as the total number of files of copyright-protected content uploaded by the users of the services and the proportion of the protected content uploaded by the users in the overall amount of content available on the service.
- (38f) The assessment of the appropriateness and proportionality of measures to be taken by the information society service providers should among other things take account of the type of content uploaded by their users, the state of the art of existing technologies per type of content and the size of the service. Where different categories of content are uploaded, such as music, text and audiovisual content, different measures may be appropriate and proportionate per type of content, including content recognition technologies.
- (39) Collaboration between information society service providers ~~storing and providing access to the public to large amounts of copyright protected works or other subject matter uploaded by their users~~ and rightholders is essential for the functioning of technologies ~~the measures,~~ such as content recognition technologies. These measures should be applied with regard to works and other subject-matter identified by rightholders at the request of such rightholders and in cooperation with them. ~~In such cases, particular, the rightholders should provide the necessary data to allow the services to identify their content and the services~~ on works and other subject-matter. The data should be provided by rightholders in a format allowing the service providers to apply the measures in an effective manner to the specific works or other subject-matter identified by rightholders.

- (39a) Service providers should be transparent towards rightholders with regard to the deployed ~~technologies~~measures, to allow the assessment of their appropriateness. ~~The services~~As different measures may be used by service providers, they should in particular provide rightholders with appropriate information on the type of ~~technologies~~measures used, and the way they are operated ~~and their~~. Where relevant, notably where agreements have been concluded with rightholders for the use of the protected content, the service providers should also provide information on the success rates for the recognition of rightholders' content. ~~Those technologies should also allow rightholders to get information from the information society service providers on the use of their content covered by an agreement, without prejudice to their business secrets.~~ The level of information given by the service providers should as a minimum be sufficient to allow rightholders to assess the effectiveness of the measures used without requiring the service providers to provide them with detailed and individualised information for each content identified. This is without prejudice to contractual arrangements, which may contain more specific provisions on the information to be provided.
- (39b) In order to facilitate the assessment by the service providers of what could constitute appropriate and proportionate measures, collaboration between rightholders and service providers is to be encouraged by the Member States in view of defining best practices.
- (39c) The measures taken by the service providers should respect the freedom of expression and freedom to information of their users and be without prejudice to the application of the exceptions and limitations to copyright. For that purpose the service providers should put in place mechanisms allowing users to complain about the blocking or removal of uploaded content that could benefit from an exception or limitation to copyright. Replies to the users' complaints should be provided in a timely manner. To make these mechanisms function, cooperation from rightholders is needed, in particular with regard to the assessment of the complaints submitted.

(40) Authors and performers need information to assess the economic value of their rights which are harmonised under Union law. This is especially the case where such rightholders grant a licence or a transfer of rights for the purposes of exploitation in return for remuneration. This need does not arise ~~to the same extent when the work or performance is merely used by the contractual partner for activities~~ counterpart acts as the main purpose end user of which is the work and does not the exploitation of ~~exploit~~ the work or performance itself, ~~such as for administrative purposes or in the context of the use of logos or house styles and also in cases where~~ when the exploitation has ceased, or when the author has granted an indefinite ~~licence~~ licence to the general public without remuneration.

(40a) As authors and performers tend to be in a weaker contractual position when they grant licences or transfer their rights, they need information, to assess the continued economic value of their rights, compared to the remuneration received for their licence or transfer, but they often face a lack of transparency. Therefore, the sharing of adequate information by their contractual counterparts or their successors in title is important for the transparency and balance in the system that governs the remuneration of authors and performers. The information should be timely to allow access to recent data; adequate to include information relevant to the exploitation of the work or performance in a manner that is comprehensible to the author or performer; and sufficient to assess the economic value of the rights in question. As long as exploitation is ongoing, contractual counterparts of authors and performers should provide information available to them on all modes of exploitation and on all relevant revenues with a regularity which is appropriate in the relevant sector, but at least annually.

(40b) In order to ensure that exploitation-related information is duly provided to authors and performers also in cases where the rights have been sublicensed by the first contractor to other parties who exploit the rights, this Directive ~~obliges~~ entitles authors and performers, in cases where the contractual partner has provided the information available to them, but the sublicensees received information is not sufficient to provide ~~assess~~ the licensors at economic value of their rights, to request additional relevant information on the exploitation of the rights. This can be ensured either directly or through the contractual counterparts of authors and performers.

Member States should have the option, in compliance with Union law, to provide ~~authors and performers a higher level of transparency for further measures~~ through national provisions to ensure transparency for authors and performers.

(41) When implementing transparency obligations, the specificities of different content sectors and of the rights of the authors and performers in each sector as well as, where relevant, the significance of the contribution of authors and performers to the overall work or performance should be considered. Member States should consult all relevant stakeholders when determining sector-specific requirements. Collective bargaining should be considered as an option to reach an agreement between the relevant stakeholders regarding transparency. To enable the adaptation of current reporting practices to the transparency obligations, a transitional period should be provided for. The transparency obligations do not need to apply to agreements concluded with collective management organisations as those are already subject to transparency obligations under Directive 2014/26/EU.

- (42) Certain contracts for the exploitation of rights harmonised at Union level are of long duration, offering few possibilities for authors and performers to renegotiate them with their contractual counterparts or their successors in title when the economic value of the rights turns out to be significantly higher than initially estimated. Therefore, without prejudice to the law applicable to contracts in Member States, a remuneration adjustment mechanism should be provided for cases where the remuneration originally agreed under a licence or a transfer of rights is clearly becomes disproportionately low compared to the relevant revenues and benefits derived from the subsequent exploitation of the work or fixation of the performance: by the contractual counterpart of the author or performer. The assessment of the situation should take account of the specific circumstances of each case, including the contribution of the author or performer, as well as of the specificities and remuneration practices of the different content sectors, including and whether the contract is based on a collective bargaining agreement. Where the parties do not agree on the adjustment of the remuneration, the author or performer should be entitled to bring a claim before a court or other competent authority. This mechanism should not apply to contracts concluded by entities defined in Article 3(a) and (b) of Directive 2014/26/EU, except when they act as individual agents of authors and performers.
- (43) Authors and performers are often reluctant to enforce their rights against their contractual partners before a court or tribunal. Member States should therefore provide for an alternative dispute resolution procedure that addresses claims by authors and performers or their representatives on their behalf related to obligations of transparency and the contract adjustment mechanism. For that purpose, Member States may either create a new body or rely on an existing one that fulfils the conditions established by this Directive: irrespective of whether these are industry-led or incorporated in the national judiciary system. Member States should have flexibility in deciding how the costs of the dispute resolution procedure should be allocated. This alternative dispute resolution procedure should be without prejudice to the right of parties to assert and defend their rights by bringing an action before a court.

- (43a) ~~As a consequence of the mandatory nature of the obligations provided for in Articles 14 and 15 of this Directive~~The obligations laid down in Articles 14 and 15 of this Directive should be of a mandatory nature and parties should not be able to derogate from these contractual provisions, whether included in the contracts between authors, performers and their contractual counterparts or in agreements between those counterparts and third parties such as non-disclosure agreements. As a consequence, the rules set out in Article 3(4) of the Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council¹² should apply to the effect that where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties' choice of applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of Articles 14 and 15, as implemented in the Member State of the forum.
- (44) The objectives of this Directive, namely the modernisation of certain aspects of the Union copyright framework to take account of technological developments and new channels of distribution of protected content in the internal market, cannot be sufficiently achieved by Member States but can rather, by reason of their scale, effects and cross-border dimension, be better achieved at Union level. Therefore, the Union may adopt measures in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty on European Union. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to achieve those objectives.
- (45) This Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Accordingly, this Directive should be interpreted and applied in accordance with those rights and principles.

¹² Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) (OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16).

- (46) Any processing of personal data under this Directive should respect fundamental rights, including the right to respect for private and family life and the right to protection of personal data under Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and must be in compliance with Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council¹³ and Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council¹⁴.
- (47) In accordance with the Joint Political Declaration of 28 September 2011 of Member States and the Commission on explanatory documents¹⁵, Member States have undertaken to accompany, in justified cases, the notification of their transposition measures with one or more documents explaining the relationship between the components of a directive and the corresponding parts of national transposition instruments. With regard to this Directive, the legislator considers the transmission of such documents to be justified,

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

¹³ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ L 281, 23.11.1995, p. 31–50). This Directive is repealed with effect from 25 May 2018 and shall be replaced by Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (OJ L 119, 4.5.2016, p. 1–88).

¹⁴ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) (OJ L 201, 31.7.2002, p. 37–47), called, as amended by Directives 2006/24/EC and 2009/136/EC, the “e-Privacy Directive”.

¹⁵ OJ C 369, 17.12.2011, p. 14.

TITLE I
GENERAL PROVISIONS

Article 1

Subject matter and scope

1. This Directive lays down rules which aim at further harmonising the Union law applicable to copyright and related rights in the framework of the internal market, taking into account in particular digital and cross-border uses of protected content. It also lays down rules on exceptions and limitations, on the facilitation of licences as well as rules aiming at ensuring a well-functioning marketplace for the exploitation of works and other subject-matter.
2. Except in the cases referred to in Article ~~6~~17, this Directive shall leave intact and shall in no way affect existing rules laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directives 96/9/EC, 2001/29/EC, 2006/115/EC, 2009/24/EC, 2012/28/EU and 2014/26/EU, nor shall it affect the rules laid down in Directive 2000/31/EC.

Article 2

Definitions

For the purposes of this Directive, the following definitions shall apply:

- (1) ‘research organisation’ means an entity, the primary goal of which is to conduct scientific research or to provide educational services involving also the conduct of scientific research;
 - (a) on a non-for-profit basis or by reinvesting all the profits in its scientific research;² or
 - (b) pursuant to a public interest mission recognised by a Member State;²in such a way that the access to the results generated by the scientific research cannot be enjoyed on a preferential basis by an undertaking exercising a decisive influence upon such organisation;

- (2) ‘text and data mining’ means any automated analytical technique aiming to analyse text and data in digital form in order to generate information such as patterns, trends and correlations;
- (3) ‘cultural heritage institution’ means a publicly accessible library or museum, an archive or a film or audio heritage institution;
- [(4) ‘press publication’ means a collection composed mainly of literary works of a journalistic nature which:
- (a) may also include other works or subject-matter;
 - (b) constitutes an individual item within a periodical or regularly-updated publication under a single title, such as a newspaper or a general or special interest magazine;
 - (c) has the purpose of providing the general public with information related to news or other topics; and
 - (d) is published in any media under the initiative, editorial responsibility and control of a service provider ;]

(5) ‘information society service’ is a service within the meaning of Article 1(1)(b) of Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council¹⁶.

¹⁶ Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services (OJ L 241, 17.9.2015, p. 1–15).

TITLE II
MEASURES TO ADAPT EXCEPTIONS AND LIMITATIONS TO THE DIGITAL AND
CROSS-BORDER ENVIRONMENT

Article 3

Text and data mining

1. Member States shall provide for an exception to the rights provided for in Article 2 of Directive 2001/29/EC, Articles 5(a) and 7(1) of Directive 96/9/EC [and Article 11(1) of this Directive] for reproductions and extractions made by research organisations and cultural heritage institutions in order to carry out text and data mining of works or other subject-matter to which they have lawful access, for the purposes of scientific research.
 - 1a. Copies of works or other subject-matter made in compliance with paragraph 1 shall not be retained for ~~no~~ longer than ~~is~~ necessary for achieving the purposes of scientific research.
2. *Moved to Art. 6(1).*
3. Rightholders shall be allowed to apply measures to ensure the security and integrity of the networks and databases where the works or other subject-matter are hosted. Such measures shall not go beyond what is necessary to achieve that objective.
4. Member States shall encourage rightholders, research organisations and cultural heritage institutions to define commonly-agreed best practices concerning the application of the obligation and measures referred to respectively in paragraphs 1a and 3.

Article 4

Use of works and other subject-matter in digital and cross-border teaching activities

1. Member States shall provide for an exception or limitation to the rights provided for in Articles 2 and 3 of Directive 2001/29/EC, Article 5(a), (b), (d) and (e) and Article 7(1) of Directive 96/9/EC, Article 4(1)(a) and (b) of Directive 2009/24/EC [and Article 11(1) of this Directive] in order to allow for the digital use of works and other subject-matter for the sole purpose of illustration for teaching, to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved, provided that ~~the~~such use:
 - (a) takes place under the responsibility of an educational establishment, on its premises or other venues, or through a secure electronic network accessible only by the educational establishment's pupils or students and teaching staff; and
 - (b) is accompanied by the indication of the source, including the author's name, unless this turns out to be impossible.

2. Member States may provide that the exception adopted pursuant to paragraph 1 does not apply generally or as regards specific types of works or other subject-matter, to the extent that licences covering the needs of educational establishments and authorising the acts described in paragraph 1 are easily available in the market.

Member States availing themselves of the provision of the first subparagraph shall take the necessary measures to ensure that rightholders make the licences authorising the acts described in paragraph 1 available and visible for educational establishments.

3. The use of works and other subject-matter for the sole purpose of illustration for teaching through secure electronic networks undertaken in compliance with the provisions of national law adopted pursuant to this Article shall be deemed to occur solely in the Member State where the educational establishment is established.

4. Member States may provide for fair compensation for the harm incurred by the rightholders due to the use of their works or other subject-matter pursuant to paragraph 1.

Article 5

Preservation of cultural heritage

1. Member States shall provide for an exception to the rights provided for in Article 2 of Directive 2001/29/EC, ~~point (a) of Article 5 and Article 7(1) of Directive 96/9/EC, point (a) of Article 4(1)(a) of Directive 2009/24/EC [and Article 11(1) of this Directive],~~ permitting cultural heritage institutions to make copies of any works or other subject-matter that are permanently in their collections, in any format or medium, for the purpose of the preservation of such works or other subject-matter and to the extent necessary for such preservation
2. *Moved to Art. 6(1).*

Article 6

Common provisions

1. Any contractual provision contrary to the exceptions provided for in Articles 3, 4(1) and 5 shall be unenforceable.
2. Article 5(5) and the first, third and fifth subparagraphs of Article 6(4) of Directive 2001/29/EC shall apply to the exceptions and the limitation provided for under this Title.

TITLE III
MEASURES TO IMPROVE LICENSING PRACTICES AND ENSURE WIDER ACCESS TO
CONTENT

CHAPTER 1
Out-of-commerce works

Article 7

Use of out-of-commerce works by cultural heritage institutions

1. Member States shall provide that a collective management organisation, in accordance with its mandates, may conclude a non-exclusive licence for non-commercial purposes with a cultural heritage institution for the reproduction, distribution, communication to the public or making available ~~of a set to the public~~ of out-of-commerce works or other subject-matter permanently in the collection of the institution, irrespective of whether all rightholders ~~are represented by~~ have mandated the collective management organisation, provided that:
 - (a) the collective management organisation is, on the basis of mandates from rightholders, sufficiently representative of rightholders in the relevant type of works or other subject-matter and of the rights which are the subject of the licence;
 - ~~(aa) the collective management organisation assumes the legal responsibility for the use authorised by the licence agreement in relation to all rightholders of that category;~~
 - (b) equal treatment is guaranteed to all rightholders in relation to the terms of the licence;
 - (c) all rightholders may at any time exclude the possibility for collective management organisations to license their works or other subject-matter in accordance with this Article, either in general or in specific cases, or exclude the application of any licence granted in accordance with this Article to their works or other subject-matter.

2. A work or other subject-matter shall be deemed to be out-of-commerce when, ~~after a reasonable effort is made to determine its availability,~~ it can be presumed in good faith that the whole work or other subject-matter is not available to the public through customary channels of commerce. after a reasonable effort is made to determine such availability.

Member States ~~shall, in consultation with rightholders, collective management organisations and cultural heritage institutions, ensure that they~~ may provide for specific requirements used to determine whether works and other subject-matter can be licensed in accordance with paragraph 1 ~~do~~. Such requirements shall not extend beyond what is necessary and reasonable. ~~Such requirements, and~~ shall not preclude the possibility to determine the out-of-commerce status of a set of works or other subject-matter as a whole, when it is reasonable to presume that all works or other subject-matter are out-of-commerce.

3. *Moved to Art. 8a(2)*
4. Member States shall ensure that the licences referred to in paragraph 1 are sought from a collective management organisation that is representative for the Member State where the cultural heritage institution is established.
5. This Article shall not apply to sets of out-of-commerce works if there is evidence to presume that they predominantly consist of:
 - (a) works or other subject-matter first published or, in the absence of publication, first broadcast in a third country, except for cinematographic or audiovisual works;
 - (b) cinematographic or audiovisual works, the producers of which have their headquarters or habitual residence in a third country;
 - (c) works or other subject-matter of third country nationals when a Member State or a third country could not be determined, after a reasonable effort, according to points (a) and (b).

Article 8
Cross-border uses

1. ~~Works or other subject matter covered by a~~ licence granted in accordance with Article 7 ~~may be used~~ allow the use of out-of-commerce works or other subject-matter by the cultural heritage institution in accordance with the terms of the licence in any Member State covered by the licence.
2. *Moved to Art. 8a(1)*
3. *Moved to Art. 8a(1)*

Article 8a
Publicity measures

1. Member States shall ensure that information for the purposes of the identification of the out-of-commerce works or other subject-matter as well as information about the possibilities of rightholders referred to in Article 7(1)(c), and, as soon as it is available, information on the parties to the licence, the covered territories and the allowed uses is made publicly accessible in a single online portal ~~for~~from at least six months before the works or other subject-matter are ~~reproduced~~, distributed, communicated to the public or made available to the public in accordance with the licence.

The portal shall be established and managed by the European Union Intellectual Property Office in accordance with Regulation (EU) No 386/2012.

2. Member States shall provide that, if necessary for the awareness of rightholders, further appropriate publicity measures are taken regarding the possibility for collective management organisations to license works or other subject-matter in accordance with Article 7, the licences granted and the possibilities of rightholders referred to in Article 7(1)(c).

The additional appropriate publicity measures shall be taken in the Member State where the licence is sought. If there is evidence, such as the origin of the works or other subject-matter, to suggest that the awareness of rightholders could be more efficiently raised in other Member States or third countries, such publicity measures shall also cover those Member States and third countries.

Article 9
Stakeholder dialogue

Member States shall **consult rightholders, collective management organisations and cultural heritage institutions in each sector before establishing specific requirements pursuant to Article 7(2), and ensure a regular dialogue between representative users' and rightholders' organisations, including collective management organisations, and any other relevant stakeholder organisations, on a sector-specific basis, to foster the relevance and usability of the licensing mechanisms referred to in Article 7(1) and to ensure the effectiveness of the safeguards for rightholders referred to in this Chapter.**

CHAPTER 1a

Measures to facilitate collective licensing

Article 9a

Collective licensing with an extended effect

1. When a collective management organisation, in accordance with its mandates, enters into a collective licensing agreement for the exploitation of works or other subject-matter Member States may provide, subject to safeguards provided for in this Article, that such an agreement, as far as the use within their national territory is concerned, may be extended to apply to the rights of rightholders who have not authorised the organisation to represent them by way of assignment, licence or any other contractual arrangement, or that the organisation is presumed to represent rightholders who have not authorised the organisation accordingly.
2. Member States shall ensure that the licensing mechanism referred to in paragraph (1) is only applied within narrow and well-defined areas of use in cases where obtaining authorisations on an individual basis is typically onerous and impractical to a degree that makes the licensing transaction unlikely due to the nature of the use or of the types of works concerned.

3. The safeguards referred to in paragraph 1 must ensure that:
- (a) the organisation is, on the basis of mandates from rightholders, sufficiently representative of rightholders in the relevant type of works or other subject-matter and of the rights which are the subject of the licence for the relevant Member State;
 - (b) the organisation assumes the legal responsibility for the use authorised by the licence agreement in relation to all rightholders of that category;
 - (c) equal treatment is guaranteed to all rightholders in relation to the terms of the licence;
 - (d) all rightholders who have not authorised the organisation operating the licence may at any time easily exclude the possibility for an organisation to license their works or other subject-matter in accordance with this Article, either in general or in specific cases, or easily exclude the application of any licence granted in accordance with this Article to their works or other subject-matter;
 - (e) appropriate publicity measures are taken regarding the possibility for organisations to license works or other subject-matter in accordance with this Article, the licences granted and the possibilities of rightholders referred to in point (d) starting from a reasonable period before the works or other subject-matter are used under the licence.
4. The mechanism referred to in paragraph 1 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholders.
5. Where the law of a Member State provides for the conclusion of licences in accordance with this Article, the Member State concerned shall inform the Commission about the scope of that law, and the licensing schemes introduced under that law as well as contact details for organisations issuing licences in accordance with the mechanism in paragraph 1. The Commission shall publish this information.

6. Based on the information received pursuant to paragraph 5 and on the discussions in the contact committee referred to in Article 12(3) of Directive 2001/29/EC, the Commission shall, by 31 December 2020, submit to the European Parliament and to the Council a report on the use of such mechanisms referred to in paragraph 1 in the EU and their impact on licensing and rightholders. The Commission's report shall be accompanied, if appropriate, by a legislative proposal, including as regards the cross-border effect of such national schemes.

CHAPTER 2

Access to and availability of audiovisual works on video-on-demand platforms

Article 10

Negotiation mechanism

Member States shall ensure that parties facing difficulties related to the licensing of rights when seeking to conclude an agreement for the purpose of making available audiovisual works on video-on-demand services, may rely on the assistance of an impartial body or mediator with relevant experience. The body shall provide assistance to the parties with their negotiations and help them reach agreements, including, where appropriate, by submitting proposals to the parties.

Member States shall notify to the Commission the body or mediator referred to in paragraph 1 no later than [date mentioned in Article 21(1)].

TITLE IV
MEASURES TO ACHIEVE A WELL-FUNCTIONING MARKETPLACE FOR COPYRIGHT

CHAPTER 1

Rights in publications

Article 11

see Annex II

Article 12

Claims to fair compensation

Member States may provide that where an author has transferred or licensed a right to a publisher, such a transfer or a licence constitutes a sufficient legal basis for the publisher to be entitled to claim a share of:

- (a) the compensation for the uses of the work made under an exception or limitation to the transferred or licensed right; and
- (b) the remuneration for public lending provided for in Article 6(1) of Directive 2006/115/EC.

CHAPTER 2

Certain uses of protected content by online services

Article 13

Use of protected content by information society service providers storing and giving access to ~~large amounts of~~ works and other subject-matter uploaded by their users

1. Member States shall provide that an information society service providers that provider whose main or one of the main purposes is to store and provide give access to the public access to ~~large amounts of~~ copyright protected works or other protected subject-matter uploaded by their users shall is performing an act of communication to the public or an act making available to the public within the meaning of Article 3(1) and (2) of Directive 2001/29/EC when it intervenes in ~~cooperation~~ full knowledge of the consequences of its action to give the public access to those copyright protected works or other protected subject matter by organising these works or other subject matter with rightholders, the aim of obtaining profit from their use.

1a. Without prejudice to paragraph 1, Member States shall ensure that an information society service provider that stores and provides access to the public to a significant amount of works or other protected subject-matter uploaded by their users who do not hold the relevant rights in the content uploaded take effective measures:

a) to ensure the functioning of agreements concluded with rightholders for the use of their works or other subject-matter; or

b) in the absence of an agreement, to prevent the availability on their services of works or other subject-matter identified by rightholders ~~through the cooperation with~~

The measures shall be applied by the information society service providers. ~~These measures, such as at the use of effective content recognition technologies, request of rightholders to specific works and other subject-matter as identified by them. The measures shall be appropriate and proportionate, taking into account, among others, the nature of the services, the type of works or other protected subject-matter uploaded by the users of the services, the availability and costs of relevant technologies and their effectiveness in light of technological developments.~~

- 1b. The information society service providers shall provide rightholders, at their request, with adequate information on the functioning and ~~the~~ deployment of the measures, as well as, when relevant, adequate reporting on the ~~recognition and~~ use of the works and other protected subject-matter.
- 21c. Member States shall ensure that for the service providers referred to in paragraph 1 put in place complaints and redress mechanisms that are available to users in case purpose of ~~disputes over~~ the application of the measures referred to in paragraph ~~1a~~ to specific works or other subject-matter of rightholders, the rightholders shall provide an information society service provider with the necessary data.
2. Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 1a shall be implemented by an information society service provider without prejudice to the freedom of expression and information of their users and the possibility for the users to benefit from an exception or limitation to copyright. For that purpose the service provider shall put in place a complaint and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the implementation of the measures. Complaints submitted under this mechanism shall be processed by the relevant rightholders within a reasonable period of time. The rightholder shall duly justify its decision.
- 2a. Member States shall ensure that the obligations set out in this Article apply to information society service providers established in their territory in accordance with Directive 2000/31/EC and to information society service providers of third countries who offer their services of storing and providing access to works or other protected subject-matter uploaded by their users who do not hold relevant rights in the content in the European Union.
3. Member States shall facilitate, where appropriate, the cooperation between the information society service providers and rightholders through stakeholder dialogues to define best practices, such as the use of appropriate and proportionate ~~content recognition~~ technologies, ~~taking into account, among others, the nature of the services, the availability of the technologies and their effectiveness in light of technological developments.~~

4. Member States shall determine the sanctions applicable to infringements of the obligations set in this Article. The sanctions provided shall be effective, proportionate and dissuasive and shall be without prejudice to European Union and national applicable laws on enforcement of intellectual property rights.
5. Member states shall provide that agreements concluded between information society service providers which store and give access to works and other protected subject-matter uploaded by their users referred in paragraphs 1 and 1a above, and relevant rightholders, shall cover the liability of the users of the information society services, when they are not acting in a professional capacity, for acts falling within Article 3 of Directive 2001/29/EC.

TITLE IV
MEASURES TO ACHIEVE A WELL-FUNCTIONING MARKETPLACE FOR COPYRIGHT

CHAPTER 3

Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers

Article 14

Transparency obligation

1. Member States shall ensure that authors and performers receive on a regular basis, at least once a year, and taking into account the specificities of each sector, timely, adequate and sufficient information on the exploitation of their works and performances from those to whom they have licensed or transferred their rights or their successors in title, notably as regards modes of exploitation, revenues generated and remuneration due.

- 1a. Member States shall ensure that where the rights referred to in paragraph 1 have subsequently been licensed to another party, ~~such party shall upon the request of the licensor share with it~~ authors and performers may request from those third parties additional relevant information if their first contractual counterpart does not hold all the information that would be necessary for the purposes of the information provision provided for set out in paragraph 1. Member States may provide that such request to those third parties is made directly by the author or performer or indirectly through the contractual counterpart of the author or the performer.

2. The obligation in paragraph 1 shall be proportionate and effective and shall ensure an appropriate level of transparency in every sector. ~~However, Member States may provide that in those duly justified cases where the administrative burden resulting from the obligation in paragraph 1 would become disproportionate in view of the revenues generated by the exploitation of the work or performance, Member States may adjust the obligation in paragraph 1, provided that is limited to the obligation remains effective types and ensures an appropriate level of transparency information that can reasonably be expected in such cases.~~
3. Member States may decide that the obligation in paragraph 1 does not apply when the contribution of the author or performer is not significant having regard to the overall work or performance.
 - 3a. Members States may provide that for agreements subject to or based on collective bargaining agreements the transparency rules of the relevant collective bargaining agreement are applicable instead of the national provisions implementing the transparency obligation, on the condition that they provide for regular reporting to authors and performers on the exploitation of their works and performances pursuant to the requirements of this Directive.
4. Paragraph 1 shall not be applicable to agreements concluded by entities subject to the transparency obligations established by Directive 2014/26/EU.

Article 15

Contract adjustment mechanism

1. Member States shall ensure that authors and performers ~~or their representatives~~ are entitled to ~~request~~claim additional, appropriate remuneration from the party with whom they entered into a contract for the exploitation of the rights or their successors in title, when the remuneration originally agreed turns out to be disproportionately low compared to the relevant revenues and benefits derived from the actual exploitation of the works or performances.
 - 1a. Members States may choose not to apply the contract adjustment mechanism to agreements subject to or based on collective bargaining agreements when the relevant collective bargaining agreement provides for a mechanism comparable to the one provided for in this Article.
2. Paragraph 1 shall not be applicable to agreements concluded by entities defined in Article 3(a) and 3(b) of Directive 2014/26/EU, ~~except when they are engaged in individual management of rights.~~

Article 16

Dispute resolution procedure

1. Member States shall provide that disputes concerning the transparency obligation under Article 14 and the contract adjustment mechanism under Article 15 may be submitted to a voluntary, alternative dispute resolution procedure.
2. Member States shall ensure that representative organisations of authors and performers, ~~including collective management organisations,~~ may initiate such disputes on behalf of one or more authors and performers at their request.

Article 16a
Contractual provisions

Member States shall ensure that any contractual provision ~~between authors and performers and those to whom they have licensed or transferred their rights, which are contrary to~~prevents the compliance with the provisions in Articles 14 and 15 of this Directive shall be unenforceable: in relation to authors and performers.

TITLE V
FINAL PROVISIONS

Article 17
Amendments to other directives

1. Directive 96/9/EC is amended as follows:
 - (a) In Article 6(2), point (b) is replaced by the following:

"(b) where there is use for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research, as long as the source is indicated and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved, without prejudice to the exceptions and the limitation provided for in Articles 3 and 4 of Directive [this Directive];"
 - (b) In Article 9, point (b) is replaced by the following:

"(b) in the case of extraction for the purposes of illustration for teaching or scientific research, as long as the source is indicated and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved, without prejudice to the exceptions and the limitation provided for in Articles 3 and 4 of Directive [this Directive];"

2. Directive 2001/29/EC is amended as follows:

(a) In Article 5(2), point (c) is replaced by the following:

"(c) in respect of specific acts of reproduction made by publicly accessible libraries, educational establishments or museums, or by archives, which are not for direct or indirect economic or commercial advantage, without prejudice to the ~~exceptions and the limitation~~exception provided for in Article 5 of Directive [this Directive];"

(b) In Article 5(3), point (a) is replaced by the following:

"(a) use for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research, as long as the source, including the author's name, is indicated, unless this turns out to be impossible and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved, without prejudice to the exceptions and the limitation provided for in Articles 3 and 4 of Directive [this Directive];"

(c) In Article 12(4), the following points are added:

"(e) to examine the impact of the transposition of Directive [this Directive] on the functioning of the internal market and to highlight any transposition difficulties;

(f) to facilitate the exchange of information on the relevant developments in legislation and case law as well as on the practical application of the measures taken by Member States to implement Directive [this Directive];

(g) to discuss any other questions arising from the application of Directive [this Directive]."

Article 18

Application in time

1. This Directive shall apply in respect of all works and other subject-matter which are protected by the Member States' legislation in the field of copyright on or after [the date mentioned in Article 21(1)].
- [2. The provisions of Article 11 shall also apply to press publications published before [the date mentioned in Article 21(1)].]
3. This Directive shall apply without prejudice to any acts concluded and rights acquired before [the date mentioned in Article 21(1)].

Article 19

Transitional provision

Agreements for the licence or transfer of rights of authors and performers shall be subject to the transparency obligation in Article 14 as from [one year after the date mentioned in Article 21(1)].

Article 20

Protection of personal data

The processing of personal data carried out within the framework of this Directive shall be carried out in compliance with Directives 95/46/EC and 2002/58/EC.

Article 21
Transposition

1. Member States shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by [12 months after entry into force] at the latest. They shall forthwith communicate to the Commission the text of those provisions. When Member States adopt those provisions, they shall contain a reference to this Directive or be accompanied by such a reference on the occasion of their official publication. Member States shall determine how such reference is to be made.
2. Member States shall communicate to the Commission the text of the main provisions of national law which they adopt in the field covered by this Directive.

Article 22
Review

1. No sooner than [five years after the date mentioned in Article 21(1)], the Commission shall carry out a review of this Directive and present a report on the main findings to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee.
2. Member States shall provide the Commission with the necessary information for the preparation of the report referred to in paragraph 1.

Article 23
Entry into force

This Directive shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the *Official Journal of the European Union*.

Article 24
Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Brussels,

For the European Parliament
The President

For the Council
The President

[ARTICLE 11 (plus relevant recitals)]

OPTION A (*new neighbouring right*)

- (31) A free and pluralist press is essential to ensure quality journalism and citizens' access to information. It provides a fundamental contribution to public debate and the proper functioning of a democratic society. In the transition from print to digital, publishers of press publications are facing problems in licensing the online use of their publications and recouping their investments. In the absence of recognition of publishers of press publications as rightholders, licensing and enforcement in the digital environment are often complex and inefficient.
- (32) The organisational and financial contribution of publishers in producing press publications needs to be recognised and further encouraged to ensure the sustainability of the publishing industry. It is therefore necessary to provide at Union level a harmonised legal protection for press publications in respect of digital uses. Such protection should be effectively guaranteed through the introduction, in Union law, of rights related to copyright for the reproduction and making available to the public of press publications in respect of digital uses.
- (33) For the purposes of this Directive, it is necessary to define the concept of press publication in a way that embraces only journalistic publications, published in any media, including on paper, in the context of an economic activity which constitutes a provision of services under EU law. The press publications to be covered are those whose purpose is to inform the general public and which are periodically or regularly updated. Such publications would include, for instance, daily newspapers, weekly or monthly magazines of general or special interest and news websites. Press publications contain mostly literary works but increasingly include other types of works and subject-matter, notably photographs and videos. Periodical publications published for scientific or academic purposes, such as scientific journals, should not be covered by the protection granted to press publications under this Directive. This protection does not extend to acts of hyperlinking when they do not constitute communication to the public.

- (34) The rights granted to the publishers of press publications under this Directive should have the same scope as the rights of reproduction and making available to the public provided for in Directive 2001/29/EC, insofar as digital uses are concerned. They should also be subject to the same provisions on exceptions and limitations as those applicable to the rights provided for in Directive 2001/29/EC including the exception on quotation for purposes such as criticism or review laid down in Article 5(3)(d) of that Directive.
- (35) The protection granted to publishers of press publications under this Directive should not affect the rights of the authors and other rightholders in the works and other subject-matter incorporated therein, including as regards the extent to which authors and other rightholders can exploit their works or other subject-matter independently from the press publication in which they are incorporated. Therefore, publishers of press publications should not be able to invoke the protection granted to them against authors and other rightholders or against other authorised users of the same works and other subject-matter. This is without prejudice to contractual arrangements concluded between the publishers of press publications, on the one side, and authors and other rightholders, on the other side.

Article 11

Protection of press publications concerning digital uses

1. Member States shall provide publishers of press publications with the rights provided for in Article 2 and Article 3(2) of Directive 2001/29/EC for the digital use of their press publications.

The rights referred to in the first subparagraph shall also apply in respect of extracts of a press publication provided that the extracts are the expression of the intellectual creation of their authors.

2. The rights referred to in paragraph 1 shall leave intact and shall in no way affect any rights provided for in Union law to authors and other rightholders, in respect of the works and other subject-matter incorporated in a press publication. The rights referred to in paragraph 1 may not be invoked against those authors and other rightholders and, in particular, may not deprive them of their right to exploit their works and other subject-matter independently from the press publication in which they are incorporated.

When an author or a rightholder has concluded licences with different persons in respect of a work or other subject-matter incorporated in a press publication, the rights referred to in paragraph 1 may not be invoked to prohibit the use by other authorised users of such a work or other subject-matter. The rights referred to in paragraph 1 may not be invoked to prohibit the use of works or other subject-matter that are in the public domain.

3. Articles 5 to 8 of Directive 2001/29/EC and Directive 2012/28/EU shall apply *mutatis mutandis* in respect of the rights referred to in paragraph 1.
4. The rights referred to in paragraph 1 shall expire 20 years after the publication of the press publication. This term shall be calculated from the first day of January of the year following the date of publication.

OPTION B (*Presumption for publishers of press publications*)

(31) A free and pluralist press is essential to ensure quality journalism and citizens' access to information. It provides a fundamental contribution to public debate and the proper functioning of a democratic society. The sustainability of the press publishing industry should therefore be ensured.

(31a) In the transition from print to digital, publishers of press publications are increasingly facing problems in licensing the online use of their publications and recouping their investments. Press publications contain mostly literary works but increasingly include other types of works and subject-matter, notably photographs and videos. Due to the large number of authors and rightholders involved in the creation of a press publication, licensing and enforcement of the rights in press publications are often complex and inefficient in the digital environment. Publishers may notably face difficulties when proving that they have been transferred or licensed the rights in such works and other subject-matter for the purposes of concluding licences or enforcing the rights in respect of their press publications.

(31b) Publishers of press publications need to acquire all the relevant economic rights from the authors and rightholders to incorporate their works or other subject-matter in a press publication. This principle should continue to apply. However, without prejudice to contractual arrangements concluded between the publishers of press publications, on the one side, and the authors and other rightholders, on the other side, the licensing and enforcement of the rights acquired vis-à-vis third parties should be facilitated. It is therefore necessary to provide at Union level a rebuttable presumption to allow the publisher to be regarded as the person entitled to conclude licences on and enforce the rights of reproduction and making available to the public concerning the digital use of works and other subject-matter contained in the press publication provided that the name of the publisher appears on the publication.

(32) *Deleted.*

- (33) For the purposes of this Directive, it is necessary to define the concept of press publication in a way that embraces only journalistic publications, published in any media, including on paper, in the context of an economic activity which constitutes a provision of services under EU law. The press publications to be covered are those whose purpose is to inform the general public and which are periodically or regularly updated. Such publications would include, for instance, daily newspapers, weekly or monthly magazines of general or special interest and news websites. Periodical publications published for scientific or academic purposes, such as scientific journals, should not be covered by the presumption of rights granted to publishers for press publications laid down in this Directive.
- (34) *Deleted.*
- (35) The presumption for publishers of press publications laid down in this Directive should not affect the rights of the authors and other rightholders in the works and other subject-matter incorporated therein, including as regards the extent to which authors and other rightholders can exploit their works or other subject-matter independently from the press publication in which they are incorporated. Therefore, publishers of press publications should not be able to invoke the presumption laid down in this Directive against authors and other rightholders or against other authorised users of the same works and other subject-matter.

Article 11

Licensing and enforcement of rights in press publications concerning digital uses

1. Member States shall provide that, in the absence of proof to the contrary, the publisher of a press publication shall be regarded as the person entitled to conclude licences and to seek application of the measures, procedures and remedies referred to in Directive 2004/48/EC and Article 8 of Directive 2001/29/EC in respect of the rights provided for in Article 2 and 3(2) of Directive 2001/29/EC concerning the digital use of the works and other subject-matter incorporated in such a press publication, provided that the name of the publisher appears on the publication.

2. The presumption provided for in paragraph 1 shall not affect any rights provided for in Union law to authors and other rightholders, in respect of the works and other subject-matter incorporated in a press publication. The presumption may not be invoked against the authors and other rightholders and, in particular, may not deprive them of their right to exploit their works and other subject-matter independently from the press publication in which they are incorporated.]
-

Annexe 14 : Propositions et modifications du projet de directive

1. La définition de la publication de presse

- Supprimer au considérant 33 de la proposition de directive le segment de phrase suivant : les « publications périodiques qui sont diffusées à des fins scientifiques ou universitaires, telles les revues scientifiques ne devraient pas être couvertes par la protection accordée ».
- Ne pas souscrire, dans le cadre du compromis estonien, à la définition de la publication de presse précisant qu'elle doit s'adresser au grand public et supprimer «...*providing the general public with information...* ».

2. Sur la question de la non segmentation du droit voisin des éditeurs de presse

- Il ne s'agit pas sur ce point de modifier l'article 11 de la proposition de directive.
- Il pourrait être utile, si l'on veut éclairer la portée du texte et lever quelque ambiguïté d'insérer à la dernière phrase du considérant 33 les exemples de l'étendue de la protection que sont les *snippets* et les photographies. Dans ce cas il est important que ces exemples soient précédés d'un « notamment » pour que cette énumération ne soit pas considérée comme limitative.
- Il pourrait être également intéressant, bien que cela n'aille pas totalement de soi, de clarifier à cette occasion la notion de « *snippet* » en précisant qu'il s'agit des résumés d'articles pouvant dispenser le lecteur de prendre connaissance de l'article.

3. Sur la question de l'extension du champ d'application du droit voisin aux agences de presse

Plusieurs options sont possibles :

Option 1 :

- Ajouter systématiquement les agences de presse aux publications aussi bien dans les considérants 31 à 36 inclus et 38 ainsi qu'aux articles 11 et 12 de la proposition de directive.
- Cela implique de définir l'agence de presse : « l'agence de presse est la personne physique ou morale qui a l'initiative et la responsabilité de la fabrication ou de la réalisation, ainsi que de la fourniture aux publications de presse, sous une forme imprimée et/ou numérique et sous sa maîtrise éditoriale, d'informations de toute nature. ». Il s'agit d'une proposition très perfectible.

Option 2 :

Compte tenu de l'état d'avancement de la directive, une proposition dégradée consisterait en l'insertion d'un considérant marquant une ouverture rendant possible pour les Etats membres l'adoption au niveau national d'un droit voisin pour les agences de presse.