



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 3 septembre 2019
sj.a(2019)5868067

Documents de procédure juridictionnelle

ORIG : DE

À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne,

dans l'affaire C-392/19

par la **Commission européenne**,

représentée par M. Tibor SCHARF, conseiller juridique, et M^{me} Julie SAMNADDA, membre de son service juridique, ayant élu domicile auprès du service juridique, Greffe contentieux, BERL 1/169, 1049 Bruxelles, et consentant à la signification de tout acte de procédure via e- Curia,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle

présentée, en vertu de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, par le Bundesgerichtshof («**BGH**») dans le litige opposant:

Stiftung Preußischer Kulturbesitz («SPK»)

- demanderesse et défenderesse en «Revision» -
à

VG Bild-Kunst

- défenderesse et demanderesse en «Revision» -

concernant 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 (ci-après la «**directive "Droit d'auteur"**»)

La Commission a l'honneur de présenter les observations suivantes sur les questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, ci-après le «BGH»).

I. CADRE JURIDIQUE

1. Les considérants pertinents de la directive «Droit d'auteur» sont libellés comme suit:

*(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. Ce processus permettra de sauvegarder des emplois et encouragera la création de nouveaux emplois.*

[...]

(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. La propriété intellectuelle a donc été reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété.

[...]

(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.

(24) 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.

[...]

(47) L'évolution technologique permettra aux titulaires de droits de recourir à des mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par les titulaires d'un droit d'auteur, de droits voisins ou du droit sui generis sur une base de données. Le risque existe, toutefois, de voir se développer des activités illicites visant à permettre ou à faciliter le contournement de la protection technique fournie

par ces mesures. Afin d'éviter des approches juridiques fragmentées susceptibles d'entraver le fonctionnement du marché intérieur, il est nécessaire de prévoir une protection juridique harmonisée contre le contournement des mesures techniques efficaces et contre le recours à des dispositifs et à des produits ou services à cet effet.

(mise en évidence ajoutée par la Commission)

2. Les **articles** pertinents de la directive «Droit d'auteur» sont libellés comme suit :

Article 3

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

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

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

a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions;

b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes;

c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films;

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

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

[...]

Article 6

Obligations relatives aux mesures technologiques

1. Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif.

II. FAITS DE L'AFFAIRE AU PRINCIPAL ET QUESTION PRÉJUDICIELLE

3. Les faits pertinents ont été amplement exposés dans l'ordonnance de renvoi du BGH¹.
4. On peut les résumer comme suit: La **demanderesse, SPK**, est l'organe faitier de la Deutsche Digitale Bibliothek (ci-après la « **DDB** »), qui contient des liens vers des contenus de tiers numérisés, stockés sur d'autres portails internet. La DDB stocke elle-même des vignettes sur lesquelles l'utilisateur peut cliquer dans le cadre d'une recherche, après quoi une version agrandie de l'illustration d'au maximum 440 x 330 pixels apparaît.
5. La **défenderesse, VG Bild-Kunst** assure la gestion des droits d'auteur de ses membres sur leurs œuvres, dans le domaine des arts visuels. Elle subordonne la conclusion, avec la demanderesse, d'un contrat de licence d'utilisation de son catalogue d'œuvres sous la forme de vignettes à l'inclusion dans le contrat d'une disposition en vertu de laquelle la demanderesse s'engage, en sa qualité de preneur de licence, à mettre en œuvre des mesures techniques efficaces² contre la transclusion de ces œuvres. La transclusion est une technique consistant à diviser une page d'un site Internet en plusieurs cadres et à afficher dans l'un de ceux-ci un élément émanant d'un autre site Internet au moyen d'un lien Internet «incorporé»³.
6. La demanderesse a introduit une action en constatation dans la mesure où elle estime que le fait d'insérer des liens vers des contenus librement accessibles sur Internet ou de transclure ceux-ci ne requiert pas de licence sur Internet lorsque l'œuvre a déjà été rendue accessible au public, sans restriction, avec l'autorisation du titulaire du droit. Des mesures techniques de protection visant à ne permettre l'accès à des œuvres protégées que selon un mode déterminé, sans pour autant restreindre le cercle des utilisateurs visés par cet accès, ne constitueraient pas une restriction dont le contournement implique une communication à un public nouveau. De même, la

¹ Points 1 à 6 de l'ordonnance de renvoi.

² Pour la Commission, il est difficile de déterminer s'il s'agit d'une mesure technique efficace au sens de l'article 6 de la directive «Droit d'auteur», voir l'affaire C-355/12, *Nintendo*, ECLI:EU:C:2014:25, points 24 et suivants.

³ Arrêt dans l'affaire C-348/13, *BestWater*, ECLI:EU:C:2014:2315, point 17.

présence d'éléments indiquant l'existence d'une autorisation limitée serait sans incidence sur le fait que l'œuvre, avec le consentement du titulaire des droits, a été mise à la libre disposition de l'ensemble des internautes, sans aucune restriction⁴. L'ordonnance de renvoi trouve donc son origine dans un litige portant sur les conditions contractuelles fixées entre la demanderesse et la défenderesse.

7. L'action en constatation de la demanderesse a prospéré en première instance. La défenderesse a introduit un recours en «Revision». Dans ce contexte, le BGH pose la question préjudicielle suivante:

«L'incorporation, par la technique dite de la «transclusion» («Framing»), dans le site internet d'un tiers, d'une œuvre disponible, avec le consentement du titulaire des droits, sur un site internet librement accessible constitue-t-elle une communication de l'œuvre au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE si cette incorporation contourne des mesures de protection contre la transclusion adoptées ou imposées par le titulaire des droits?»

III. APPRÉCIATION JURIDIQUE

8. La Commission a l'honneur de présenter les observations suivantes sur la question préjudicielle:
9. Le cadre de la communication au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive «Droit d'auteur» a été interprété par la jurisprudence à maintes reprises (comme l'a également exposé le BGH aux points 19 à 27 de l'ordonnance de renvoi), ce qui a conduit à l'élaboration de critères pertinents pour déterminer l'existence d'une communication au public.
10. Dès lors, il convient tout d'abord de déterminer cumulativement si (a) il est question d'un acte de communication qui (b) s'adresse à un public⁵.
11. Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait «acte de communication», il suffit 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

⁴ Voir l'ordonnance de renvoi, point 9.

⁵ Voir l'affaire C-117/15, *Reha Training*, ECLI:EU:C:2016:379, point 37.

cette possibilité⁶. De même, il ressort déjà du considérant 23 de la directive «Droit d'auteur», ainsi que de ses considérants 4 et 9, qui préconisent un «niveau de protection élevé», que la notion de communication doit s'entendre au sens large⁷. À cet égard, il convient de noter que, en ce qui concerne la transclusion, la Cour a jugé que, étant donné qu'un tel acte de communication utilise le même mode technique que celui déjà utilisé pour communiquer cette œuvre sur un autre site Internet, cet acte doit être effectué auprès d'un public nouveau pour être qualifié de «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29. 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 2001/29⁸. Les critères «même mode technique» et «public nouveau» ne doivent ici pas être pris en compte cumulativement⁹.

12. En l'espèce, le BGH part également du principe que le même mode technique est utilisé dans le cadre de la transclusion¹⁰. Si tel est le cas¹¹, il est essentiel de savoir s'il s'agit d'une communication à un «public nouveau».
13. En ce qui concerne ce critère, la Cour a précisé qu'un «public nouveau» est un public «n'ayant pas été déjà pris en compte par le titulaire du droit d'auteur, lorsqu'il a autorisé la communication initiale de son œuvre au public»¹². Dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-161/17, *Renckhoff*, s'agissant de la publication d'une photographie - non protégée - librement accessible sur Internet, la Cour a examiné de manière détaillée la notion de «public nouveau» et a établi, pour les faits à l'origine de l'affaire, l'existence d'une publication à un public nouveau.

⁶ Affaire C-466/12, *Svensson*, ECLI:EU:C:2014:76, point 19.

⁷ Affaire C-117/15, *Reha Training*, ECLI:EU:C:2016:379, point 38.

⁸ Affaire C-348/13 *BestWater*, ECLI:EU:C:2014:2315, points 15 et 16.

⁹ Voir également l'affaire C-161/17 *Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634, point 24.

¹⁰ Cf. le point 27 de l'ordonnance de renvoi.

¹¹ Il appartient au juge national d'établir si tel est le cas.

¹² Affaire C-161/17, *Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634, point 24 et jurisprudence citée.

14. Dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-161/17, *Renckhoff*, la Cour s'est fondée, de l'avis de la Commission, sur deux éléments qui sont tous deux pertinents en l'espèce.
15. **Premièrement**, la Cour a rappelé, au point 29 de son arrêt, qu'il ressort de sa jurisprudence constante que, sous réserve des exceptions et limitations prévues à l'article 5 de la directive «Droit d'auteur», tout acte de reproduction ou de communication au public d'une œuvre par un tiers requiert le consentement préalable de son auteur et que les auteurs disposent, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive «Droit d'auteur», 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, cela afin d'interdire celle-ci.
16. La Cour en a déduit ce qui suit: *«un tel droit de nature préventive serait privé d'effet utile dans l'hypothèse où il devrait être considéré que la mise en ligne sur un site Internet d'une œuvre préalablement publiée sur un autre site Internet et avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ne constitue pas une communication à un public nouveau. En effet, une telle mise en ligne, sur un site Internet autre que celui sur lequel a été effectuée la communication initiale, pourrait avoir pour effet de rendre impossible ou, à tout le moins, nettement plus difficile l'exercice par le titulaire de son droit, de nature préventive, d'exiger qu'il soit mis fin à la communication de celle-ci, le cas échéant, en retirant l'œuvre dudit site Internet sur lequel celle-ci a été communiquée avec son autorisation ou en révoquant l'autorisation précédemment accordée à un tiers»¹³.*
17. Pour la Commission, cette approche est d'autant plus pertinente en l'espèce que, contrairement à la situation observée dans l'affaire «*Renckhoff*», le titulaire du droit d'auteur a manifestement pris des mesures pour limiter la transclusion.
18. **Deuxièmement**, la Cour a tenu compte, dans l'arrêt *Renckhoff*, de l'article 3, paragraphe 3, de la directive «Droit d'auteur», qui prévoit spécifiquement que le droit de communication au public, visé à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive, n'est pas épuisé par un acte de communication au public ou de mise à la disposition du public, au sens de cette disposition. La Cour en a conclu que *«considérer que la*

¹³ Affaire C-161/17, *Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634, point 30.

mise en ligne sur un site Internet d'une œuvre préalablement communiquée sur un autre site Internet avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ne constitue pas une mise à la disposition d'un public nouveau de cette œuvre reviendrait à consacrer une règle d'épuisement du droit de communication». En outre, une telle règle serait contraire non seulement au libellé de l'article 3, paragraphe 3, de la directive «Droit d'auteur», mais priverait le titulaire du droit d'auteur «de la possibilité d'exiger une rémunération appropriée pour l'utilisation de son œuvre, rappelée au considérant 10 de cette directive»¹⁴.

19. En conséquence, la Cour a déclaré, aux points 37 et 38 de l'arrêt *Renckhoff*, que la jurisprudence que constituent les affaires *Svensson* et *BestWater* ne s'appliquait pas à l'affaire *Renckhoff*.
20. Pour la Commission, cette approche s'applique également en l'espèce. Ce qui précède tend à démontrer qu'il y a également lieu de considérer que l'affaire en cause concerne une communication à un public nouveau.
21. La Commission souligne par ailleurs que, dans l'arrêt rendu dans l'affaire C-160/15, *GS Media*, la Cour a tenu compte, dans le cas — légèrement différent d'un point de vue technique — des hyperliens, de la question de savoir si la personne qui place ces liens est consciente que le contenu vers lequel renvoient ces liens a été mis en ligne sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur¹⁵. La Cour a estimé qu'une personne qui ne poursuit pas de but lucratif «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»¹⁶. Il en va toutefois différemment des personnes qui placent un lien permettant de contourner des mesures de restriction, «le placement d'un tel lien constituant alors

¹⁴ Affaire C-161/17, *Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634, point 34.

¹⁵ Affaire C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, points 43 et suivants.

¹⁶ Affaire C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, points 47 et 48.

une intervention délibérée sans laquelle lesdits utilisateurs ne pourraient pas bénéficier des œuvres diffusées»¹⁷.

22. Cette approche amène la Commission à considérer qu'un cas comme celui de l'espèce, où un lien est établi, par transclusion, avec un contenu qui devient visible à la suite du contournement de mesures de protection contre la transclusion, doit être considéré comme une communication à un public nouveau.
23. Par conséquent, la Commission estime que l'espèce constitue également une communication à un public nouveau.

IV. PROPOSITION DE RÉPONSE

24. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Commission propose à la Cour de répondre dans les termes suivants à la question préjudicielle:

L'incorporation, par la technique dite de la «transclusion» («Framing»), dans le site internet d'un tiers, d'une œuvre disponible, avec le consentement du titulaire des droits, sur un site internet librement accessible constitue une communication de l'œuvre au public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE si cette incorporation contourne des mesures de protection contre la transclusion adoptées ou imposées par le titulaire des droits.

Tibor SCHARF

Julie SAMNADDA

Agents de la Commission

¹⁷ Affaire C-160/15, *GS Media*, ECLI:EU:C:2016:644, point 50.