

RIDA

Revue Internationale du **Droit d'Auteur**

276

avril 2023

trimestrielle

REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR

RIDA

**Revue éditée par l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International**

**Review published by l'Association Française pour la diffusion
du Droit d'Auteur National et International**

ADMINISTRATION : Association Française pour la diffusion du Droit d'Auteur
National et International, dite RIDA.

225, avenue Charles-de-Gaulle, 92200 NEUILLY-S./SEINE – FRANCE

Tél. +33 1 47 15 44 69

www.la-rida.com

rida@la-rida.com

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION/DIRECTOR OF PUBLICATION : David
EL SAYEGH

RÉDACTEUR EN CHEF/EDITOR IN CHIEF : Yves GAUBIAC

COMITÉ DE RÉDACTION/EDITORIAL BOARD

Alexandra BENSAMOUN

Caroline BONIN

Jean CASTELAIN

David EL SAYEGH

Yves GAUBIAC

Nicolas MAZARS

Florence-Marie PIRIOU

Pierre SIRINELLI

Leonardo de TERLIZZI

Hubert TILLIET

Directeur de la publication/Director of publication : D. El Sayegh

Dépôt légal/Legal registration : avril 2023

SOMMAIRE

276

DOCTRINE

*La notion de « public » en droit international
du droit d'auteur et des droits voisins* 5

Jørgen BLOMQVIST

Docteur, Professeur associé en droit international du droit d'auteur,
Centre pour le droit de l'information et de l'innovation, Université
de Copenhague

*L'approche belge de la rémunération directe
des auteurs et des artistes dans les cas
de transmissions par plateformes numériques* 52

Frank GOTZEN

Professeur émérite de l'Université de Louvain (KU Leuven),
Président de l'ALAI

*De la régulation en matière de propriété littéraire
et artistique : les pouvoirs de l'Autorité
de régulation de la communication audiovisuelle
et numérique (Arcom) en faveur
de la protection de la création* 86

Denis RAPONE

Conseiller d'État, Membre du collège de l'Arcom
Avec la collaboration de Dorine ARNAUDEAU
Chargée de mission à la Direction de la création de l'Arcom

SUMMARY

276

DOCTRINE

*The Concept of “Public” in International Copyright
and Related Rights Law* 120

Jørgen BLOMQVIST

PhD, Affiliate Professor of International Copyright Law,
Centre for Information and Innovation Law, University of Copenhagen

*The belgian approach to direct remuneration
of authors and performers in the case
of transmission via digital platforms* 163

Frank GOTZEN

Professor emeritus of the University of Louvain (KU Leuven),
President of ALAI

*Regulation of literary and artistic property: the powers
of the Audiovisual and Digital Communication
Regulatory Authority (Arcom) to protect creation* 193

Denis RAPONE

Member of the Conseil d’État (Council of State),
Member of the Board of Arcom
with the collaboration of Dorine ARNAUDEAU
Project Manager, Arcom Creative Directorate

LA NOTION DE « PUBLIC » EN DROIT INTERNATIONAL DU DROIT D'AUTEUR ET DES DROITS VOISINS



JØRGEN BLOMQVIST¹

Docteur, Professeur associé en droit international du droit d'auteur,

Centre pour le droit de l'information et de l'innovation, Université de Copenhague.

1. INTRODUCTION

La notion de « public » est un concept clé du droit d'auteur, car elle délimite plusieurs droits accordés par les conventions internationales, à savoir les droits de représentation, de communication et de distribution. Le droit de reproduction n'est pas repris par les conventions, mais les législations

1. Docteur, Professeur associé en droit international du droit d'auteur, *Centre pour le droit de l'information et de l'innovation (Centre for Information and Innovation Law)*, Université de Copenhague. Cet article est une version adaptée d'un article paru en danois dans Carina Risvig Hamer, Hans Viggo Godsk Pedersen et Nis Jul Clausen (dir.), *Festskrift til Bent Ole Gram Mortensen*, Copenhague, DJØF Forlag, 2022, p. 131-149.

nationales l'appliquent fréquemment de manière indirecte lorsque certaines reproductions limitées à des fins privées sont permises sans l'autorisation du titulaire des droits.

Au sein de la *Convention de Berne*², les dispositions pertinentes en la matière sont alors : l'article 11 qui accorde aux auteurs d'œuvres dramatiques, dramatico-musicales et musicales le droit exclusif d'autoriser la représentation publique de leurs œuvres ainsi que toute communication au public de l'exécution de leurs œuvres; l'article 11^{bis} (1) (iii) qui accorde aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques le droit exclusif d'autoriser la communication publique par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de leurs œuvres; l'article 11^{ter}, qui accorde aux auteurs d'œuvres littéraires des droits correspondant à ceux accordés à l'article 11 en ce qui concerne la récitation publique et la communication au public des récitations de leurs œuvres; l'article 14 (1) (ii) qui accorde aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques qui ont fait l'objet d'une adaptation et d'une reproduction cinématographiques le droit exclusif d'autoriser l'exécution publique et la communication au public de leurs œuvres ainsi adaptées ou reproduites; l'article 14^{bis} (1) qui accorde aux titulaires de droits d'auteur sur les œuvres cinématographiques (ou audiovisuelles, comme on les appelle le plus souvent aujourd'hui) les mêmes droits que ceux accordés par l'article 14 aux œuvres sous-jacentes; et, indirectement, l'article 9 (2) établissant le « test des trois étapes » pour les limitations et les exceptions concernant le droit exclusif de reproduction. En outre, le terme « public »

2. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* du 9 septembre 1886, dernièrement révisée à Paris le 24 juillet 1971.

fait partie de la définition du concept d'« œuvres publiées » à l'article 3 (3). Le terme lui-même n'est pas défini dans la convention. Il revêt toutefois une grande importance pratique, car sa portée, qu'elle soit établie par la loi ou par la jurisprudence, détermine le champ d'application desdits droits exclusifs.

Dans la *Convention de Rome*³, le terme est utilisé pour délimiter les droits présents à l'article 7 (1) (a) où la protection des artistes interprètes ou exécutants comprend la communication en direct au public de leurs interprétations ou exécutions; à l'article 12 concernant la rémunération équitable des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes pour la communication au public de leurs phonogrammes publiés à des fins commerciales; et à l'article 13 (d) accordant aux organismes de radiodiffusion des droits concernant la communication au public d'émissions de télévision dans des lieux publics moyennant le paiement d'un droit d'entrée. Le terme « privé » apparaît à l'article 15 (1) (a) permettant des exceptions à cette protection concernant l'utilisation privée des interprétations ou exécutions, des phonogrammes et des émissions de radiodiffusion.

Dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC*⁴, ce terme est significatif dans la mesure où l'article 9.1 prévoit que les membres se conformeront aux articles 1 à 21 de la *Convention de Berne*, à l'exception de l'article 6^{bis}. En outre, le terme est utilisé en relation avec le droit de location au public dans l'article 11, la possibilité pour les artistes interprètes ou exécutants d'empêcher la

3. *Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion* du 26 octobre 1961.

4. *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, annexe 1C de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, du 15 avril 1994.

communication au public de leur exécution en direct (article 14.1) et le droit des radiodiffuseurs d'interdire la communication au public de leurs émissions de télévision (article 14.3).

Dans le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (ci-après *WCT*)⁵, l'article 1 (4) incorpore par référence les articles 1 à 21 de la *Convention de Berne*, et le terme « public » est utilisé à l'article 6 (droit de distribution), à l'article 7 (droit de location), à l'article 8 (droit de communication au public) et à l'article 12 (information sur le régime des droits). De même, dans le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (ci-après *WPPT*)⁶, le terme est utilisé dans les articles parallèles, accordant lesdits droits en tout ou en partie, à savoir les articles 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 et 19; dans les définitions de « publication », « radiodiffusion » et « communication au public » (article 2 (e), (f) et (g); ainsi que dans le droit de communication au public d'exécutions en direct (article 6 (i)). Dans le *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles* (*BTAP*)⁷, le terme est utilisé de la même manière dans les articles, reprenant ou remplaçant plus ou moins les dispositions de fond du *Traité de l'OMPI* sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, à savoir les articles 2 (c) et (d), 6 (i), 8, 9, 10, 11 et 16.

5. *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

6. *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, adopté à Genève le 20 décembre 1996.

7. *Traité de Beijing sur les interprétations et exécutions audiovisuelles* du 24 juin 2012.

2. LE TERME « PUBLIC » ET SON UTILISATION DANS LA *CONVENTION DE BERNE*

Le terme « public » est un antonyme du terme « privé » et son sens ordinaire désigne quelque chose qui est « [o]uvert à l'observation, à la vue ou à la connaissance générales; existant, exécuté ou réalisé sans dissimulation, de sorte que tout le monde puisse le voir ou l'entendre. »⁸ Le terme « privé » désigne, quant à lui, quelque chose qui est « [r]estreint à une personne ou à quelques personnes, par opposition à une communauté plus large [...] »⁹. Il est évident que lorsqu'elles sont utilisées à des fins juridiques, ces définitions ne sont que d'une aide limitée. Le défi juridique consiste à trouver une délimitation opérationnelle entre « général », « sans dissimulation » ou « tous », d'une part, et « une personne ou quelques personnes », d'autre part. En effet, il y a lieu de supposer que les deux concepts revêtent des significations techniques spécifiques dans le domaine du droit d'auteur et, par conséquent, il semble justifié d'utiliser le sens spécifique de ces termes dans ce domaine, car il s'agit manifestement du sens voulu par les parties lorsqu'elles ont adopté une convention internationale en la matière.¹⁰ Tout au moins peut-on noter pour le moment que le terme était largement utilisé, dans son versant technique, dans diverses lois nationales sur le droit d'auteur lorsque la *Convention de Berne* a été adoptée en 1886 et lorsqu'elle a été révisée par la suite. Par conséquent, même si ce vocable n'était pas très spécifique variait selon les pays de l'Union,

8. La définition en version originale (anglaise) provient de l'*Oxford English Dictionary* : <https://www.oed.com/view/Entry/154052?rskey=ocwaXF&result=1#eid> (consulté le 22 février 2023).

9. *Idem*, <https://www.oed.com/view/Entry/151601?rskey=sQ8ccw&result=1#eid> (consulté le 22 février 2023).

10. *Convention de Vienne sur le droit des traités* du 23 mai 1969 (ci-après *CVDT*), article 31 (4).

on peut probablement supposer que les Parties avaient à l'esprit cet éventail de significations lorsqu'elles l'ont utilisé dans la convention.

En ce qui concerne le contexte dans lequel il a été utilisé¹¹, il ne semble pas qu'il y ait eu de clarification entre les Parties à l'occasion de la conclusion de la Convention. Pour ce qui est des instruments établis par une ou plusieurs Parties à l'occasion de la conclusion du traité et acceptés par les autres pays membres en tant qu'instruments relatifs au traité¹², il y a lieu d'examiner les Rapports généraux établis lors des conférences diplomatiques adoptant les différents actes pertinents de la Convention. En effet, lors de la Conférence diplomatique de 1948 à Bruxelles et de la Conférence de révision de Stockholm en 1967, ont été adoptés à l'unanimité des Rapports généraux résumant les discussions ayant eu lieu et expliquant les dispositions conventionnelles adoptées.¹³ Il en a été de même lors de l'adoption de la *Convention de Rome*.¹⁴ Lors des autres conférences de révision de la *Convention de Berne*, les conférences diplomatiques n'ont pas adopté de rapports en session plénière, mais des

11. *CVDT*, article 31 (2).

12. *CVDT*, article 31 (2) (b).

13. *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles* du 5 au 26 juin 1948, 1951, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Suisse (ci-après *Rapports Bruxelles*), p. 93-109 (résumé du procès-verbal de son adoption) (le Rapport Général est également disponible dans *La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886 à 1986*, 1986, Publication OMPI No. 877E (ci-après *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*), p. 212-220); *Actes de la Conférence de Stockholm sur la propriété intellectuelle* (1967), 1971, OMPI, Suisse (ci-après *Rapports Stockholm*), p. 1137-1201 (Rapport de la Commission principale n° 1), p. 853 (Procès-verbal établissant la Commission principale n° 1 sans limitation de participation), p. 930-931, p. 936-939 (adoption du rapport par la Commission principale n° 1). Voir également États-Unis – Section 110 (5) de la *Loi américaine en matière de droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000 (ci-après *WT/DS160/R*), paragraphe 20.

14. *Actes de la Conférence diplomatique sur la protection internationale des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, 10 au 26 octobre 1961, 1968, OIT, UNESCO, BIRPI (ci-après *Rapports Rome 1961*), p. 37-65 (Rapport du Rapporteur général), 135-144 (Procès-verbal de son adoption).

rapports sur les travaux des commissions principales, chargées de négocier les dispositions de fond, ou sur les travaux d'une commission de rédaction. Ces rapports ont été adoptés par les commissions, qui n'étaient pas exclusives, mais ouvertes à tous les pays membres de l'Union présents aux conférences, et n'ont pas rencontré d'opposition ou de réserve lors des discussions en plénière.¹⁵ Ces rapports résument les discussions et expliquent les textes adoptés et, dans la mesure où ils expriment des points de vue communs concernant la compréhension du texte adopté, ils peuvent être considérés comme faisant partie du contexte, plutôt que comme de simples moyens supplémentaires d'interprétation.¹⁶ En guise de toile de fond pour l'examen de ces textes, il est utile d'esquisser le contexte historique des dispositions discutées, même s'il ne joue qu'un rôle secondaire dans l'interprétation des dispositions du traité.¹⁷ Étant donné que l'octroi de droits était généralement discuté en relation

15. *Actes de la conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1886*, 1897, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Suisse, p. 25-50 (Rapport, présenté par la délégation française au nom de la Commission (disponible également dans *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*, p. 150-159)), p. 98 et s. (Procès-verbal, dans lequel l'article 4 permet l'établissement de la Commission ouverte à tous les États membres de l'Union); *Actes de la conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908* avec les actes de ratification, 1910, Bureau de l'Union internationale littéraire et artistique, Suisse (ci-après *Rapports Berlin*), p. 209-278 (Rapport, présenté à la Conférence au nom de sa Commission et adopté par la Commission le 11 novembre 1908 (disponible dans *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*, p. 160-186)), p. 229 (Procès-verbal, dans lequel l'article 4 permet la création de la Commission ouverte à tous les États membres de l'Union); *Actes de la conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, 1929, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Suisse (ci-après *Rapports Rome 1928*), p. 192-220 (Rapport général du Comité de rédaction (disponible dans *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*, p. 197-211)), p. 155 et s. (Procès-verbal, dans lequel l'article 5 permet la constitution de la Commission ouverte à tous les États membres de l'Union, ainsi que des sous-commissions), p. 313 et s. (adoption du rapport par la Conférence plénière); *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, 1951, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Suisse (ci-après *Rapports Bruxelles 1948*), p. 94-109 (Rapport général), p. 79 et s. (approbation par l'assemblée plénière).

16. CVDT, article 32.

17. *Idem*.

étroite avec les limitations et exceptions associées, les dispositions à cet effet doivent également être prises en considération.

a. L'Acte de Berne

Dès le départ, le terme « public » a été utilisé dans la *Convention de Berne* pour délimiter l'étendue du droit de représentation, présent à l'article 9 de l'Acte de Berne de 1886.¹⁸ En substance, cette disposition indiquait simplement que l'article 2 de la Convention sur le traitement national s'appliquait au droit de représentation ou d'exécution publique. Le terme « public » ne lie donc pas en tant que tel les pays membres de l'Union à une interprétation particulière de ce terme. Il impliquait seulement que, quelle que soit sa signification en droit national, il devait également s'appliquer aux œuvres originaires d'autres pays membres de l'Union. Cela confirme le fait que, dans l'Acte de Berne original, le terme « public » était utilisé comme un terme ayant un sens particulier, celui adopté dans la législation nationale. La Convention n'ayant pas réglementé le sens spécifique du terme, elle en a laissé la détermination au droit national.

b. Les Actes de Berlin et de Rome

Cette même disposition a été examinée lors de conférences de révision ultérieures et a été modifiée à divers égards dans l'Acte de Berlin de 1908, devenu alors l'article 11, mais sa structure de base et partant, sa référence à

18. *Actes de la 3^e Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 à 9 septembre 1886*, 1886, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Suisse (ci-après *Actes 1886*), p. 48; *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*, p. 268.

l'interprétation du terme « public » sont restées inchangées jusqu'à l'Acte de Bruxelles de 1948.

Le rapport de la Commission de la conférence de Berlin fait toutefois explicitement référence aux importantes marges de manœuvre dont disposent les législations nationales pour mettre en œuvre ce droit, notamment en ce qui concerne les possibilités d'établir certaines limitations et exceptions :

Un progrès notable se trouve donc réalisé; toutefois, il ne faut pas que les compositeurs de musique dont le droit se trouve ainsi mieux affirmé croient que, désormais, leurs œuvres ne pourront plus être exécutées publiquement dans le territoire de l'Union sans leur autorisation. Ils ont à compter avec les législations nationales qui peuvent dans des conditions déterminées, autoriser cette exécution, et auxquelles, sur ce point, se contente de renvoyer la Convention de 1886 ainsi que notre projet. Nous donnerons comme exemple la disposition de l'article 27 de la loi allemande du 19 juin 1901 sur le droit d'auteur : « Le consentement de l'ayant droit n'est pas nécessaire pour les exécutions publiques d'une œuvre musicale éditée qui ne sont pas organisées dans un but d'exploitation et auxquelles les auditeurs peuvent prendre part gratuitement. Au reste, des exécutions semblables non consenties par l'ayant droit sont permises dans les cas suivants : 1° lorsqu'elles ont lieu dans des fêtes populaires à l'exception des fêtes musicales; 2° lorsque les recettes sont destinées exclusivement à une œuvre de bienfaisance et que les exécutants n'obtiennent aucune rétribution pour leur coopération;

3° lorsqu'elles ont organisées par des sociétés dont les membres seuls, y compris leur famille [...] »¹⁹

La Conférence de révision de Berlin a toutefois élargi le droit d'exécution et de représentation publiques dans ses articles 13 (1) (ii) et 14 (1), mais uniquement en ce qui concerne les représentations au moyen de reproductions mécaniques d'œuvres musicales, la reproduction cinématographique et l'exécution publique d'œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques. Le rapport ne fait état d'aucune discussion sur le terme « public » qui, pour la première fois, a été utilisé comme un terme de la Convention elle-même, plutôt que comme une simple référence au droit national. De même, ce terme n'a pas fait l'objet de discussions lorsqu'a été évoqué l'article 11 (2) qui protège les auteurs d'œuvres dramatiques ou dramatico-musicales contre la représentation publique de traductions de leurs œuvres.²⁰

Ces dispositions ont été reprises dans l'Acte de Rome sans changements importants concernant la compréhension et l'interprétation du terme « public ». Il s'agit d'une coquille vide, dont le contenu est laissé à l'appréciation des législations nationales.²¹

19. *Rapports Berlin*, p. 256; 1886-1986 – *Centenaire de la Convention de Berne*, p. 176.

20. *Rapports Berlin*, p. 260 et s., p. 265 et s.; 1886-1986 – *Centenaire de la Convention de Berne*, p. 178, p. 180 et s.

21. Stephen P. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property, Volume 1: International Copyright and Inter-American Copyright*, The Macmillan Company, 1938, United States of America, p. 400 et s.

c. L'Acte de Bruxelles

Lors de la Conférence de Bruxelles, il a été proposé d'établir le droit de représentation publique comme un droit minimum dans le cadre de la Convention. Finalement, ce nouveau droit a été placé à l'article 11 de l'Acte de Bruxelles et s'applique parallèlement aux droits de représentation publique par reproduction mécanique (article 13 (1) (ii)) et par adaptation cinématographique (article 14 (1) (ii)). En outre, la Conférence a inséré une nouvelle disposition à l'article 11^{bis} (1) (iii) ajoutant au droit de radiodiffusion un droit à « la communication publique par haut-parleur ou tout autre instrument analogue transmetteur de signes, sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée ». Le mémorandum préparatoire à la Conférence, préparé par le Bureau de Berne, mentionnait quelques exemples de tels cas où les émissions étaient communiquées par haut-parleur, à savoir les cinémas, les restaurants, les hôtels, les salons de thé, les wagons de chemins de fer et les magasins.²²

Ce rapport comporte un examen détaillé de la mise en œuvre nationale existante du droit général de l'article 11, à la fois en termes de portée, d'exceptions et de limitations, et de possibilités de contrôle public des sociétés de gestion collective.²³ En outre, les propositions du Danemark, de la Finlande, de la Norvège et de la Suède, ainsi que de l'Autriche, traitaient des limitations et des exceptions au droit.²⁴ Elles n'ont pas été incluses dans la Convention, mais il a été convenu qu'elles seraient mentionnées dans le Rapport général²⁵,

22. *Rapports Bruxelles*, p. 266.

23. *Rapports Bruxelles*, p. 252 et s.

24. *Rapports Bruxelles*, p. 258.

25. *Rapports Bruxelles*, p. 263 et s.

comme indiqué ci-dessous. Ce qui est particulièrement intéressant pour notre propos, c'est que la Hongrie a également proposé un texte selon lequel les représentations dans le cercle familial, ou domestique, ainsi que dans les établissements d'enseignement, ne devraient pas être considérées comme publiques.²⁶

Cette proposition n'a toutefois pas été maintenue à l'issue des discussions au sein de la Commission, car il a été constaté que le texte du Rapport général concernant les limitations et les exceptions répondrait aux préoccupations hongroises.²⁷ En fin de compte, le droit de représentation publique a été transformé d'une simple disposition prévoyant le traitement national en un droit minimum. Cela n'a toutefois pas entraîné de changements dans sa portée et son contenu substantiels, comme le montre la remarque suivante de la sous-commission chargée de la question :

Les différentes délégations de cette sous-commission ont formellement déclaré que leur accord et donc l'unanimité sur ce texte étaient soumis à la condition que la déclaration suivante figure dans le Rapport général : « La rédaction adoptée actuellement par l'art. 11, alinéa 1 n'apporte aucun changement de fond à la portée du texte tel qu'il figure dans la Convention de Berne à la suite des révisions de Berlin et de Rome, ceci étant donné que certaines exceptions admises par quelques Pays de l'Union pour les cas nettement déterminés ne présentent pas de portée internationale. »²⁸

26. *Rapports Bruxelles*, p. 259.

27. *Rapports Bruxelles*, p. 262.

28. *Rapports Bruxelles*, p. 128 ; *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*, p. 229.

Le Rapport général a exprimé ce point de vue de la manière suivante :

« Des débats et notamment de la dernière discussion provoquée par le rapport de la Sous-Commission, nous devons tirer les conclusions suivantes : sur le fond, le droit de représentation n'a été modifié, ni dans son caractère, ni dans son étendue. La forme en demeure désormais indiscutable et il est placé à l'abri des interprétations tendancieuses. Il se manifeste en faveur de l'auteur par un droit exclusif d'autoriser l'exécution publique et la transmission. [...] »²⁹

Par ailleurs, le Rapport général de la Conférence de révision de Bruxelles ne mentionne aucune discussion de fond sur la signification ou l'interprétation du terme « public ».

Les exceptions et limitations possibles au droit de représentation publique ont été, comme indiqué ci-dessus, abordées dans le Rapport général de la Conférence de Bruxelles, qui a été préparé par Marcel Plaisant de la délégation belge. Cette question a également donné lieu aux remarques suivantes :

« Votre rapporteur général a été chargé de rappeler par une mention expresse la possibilité de ce qu'il a été convenu d'appeler les petites réserves des législations nationales. MM. Les Délégués de la Norvège, de la Suède, du Danemark et de la Finlande, M. le Délégué de la Suisse, M. le Délégué de la Hongrie ont évoqué ces exemptions limitées admises en faveur des cérémonies religieuses, des fanfares militaires et

29. *Rapports Bruxelles*, p. 100 ; 1886-1986 – *Centenaire de la Convention de Berne*, p. 216.

des nécessités de l'enseignement et de la vulgarisation. Ces mesures d'exception d'appliquent aux articles 11^{bis}, 11^{ter}, 13 et 14. Vous voudrez bien croire que ces allusions sont données ici d'une touche légère sans infirmer le principe du droit. »³⁰

Ce texte a été placé dans la partie du Rapport général consacrée à l'article 11, de sorte qu'il doit être compris comme s'appliquant à cet article en plus des autres articles énumérés dans la déclaration.

d. Les Actes de Stockholm et de Paris

Lors de la Conférence de révision de Stockholm en 1967, seules quelques modifications mineures ont été apportées à l'article 11, notamment l'extension de sa portée à « la représentation publique par tout moyen ou procédé ». Il a ainsi absorbé la disposition de l'article 13 (1) (ii) de l'Acte de Bruxelles sur la représentation publique au moyen d'enregistrements, qui a donc été abrogée. L'article 11^{ter} sur la récitation publique a également été élargi pour couvrir les récitations faites à partir de reproductions mécaniques. L'article 11 (2) relatif à l'exécution publique d'œuvres dramatiques et dramatico-musicales a été étendu pour couvrir non seulement les traductions de ces œuvres, mais aussi les œuvres originales. Le Rapport général ne contient aucune référence à des discussions sur le terme « public » qui auraient eu lieu dans ce cadre.

30. *Rapports Bruxelles*, p. 100; 1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne, p. 216.

En ce qui concerne les limitations et les exceptions, le Rapport général fait explicitement référence au texte concernant les réserves mineures dans le Rapport général de la Conférence de révision de Bruxelles et ajoute :

« Il semble qu'il n'a pas été dans les intentions de la Commission d'empêcher les États de maintenir dans leurs législations nationales des dispositions basées sur la déclaration contenue dans le rapport général de la Conférence de Bruxelles [...] ». ³¹

Dans le contexte du droit de reproduction de l'article 9 de la Convention, la Conférence a eu des discussions approfondies sur l'admissibilité des limitations et des exceptions, et même si à l'époque ces discussions n'avaient pas de rapport direct avec l'exigence d'utilisation « publique » liée aux droits de représentation et de communication, les répercussions ultérieures de ces discussions dans l'*Accord sur les ADPIC* et le *Traité de l'OMPI* sur le droit d'auteur font qu'il est pertinent de les mentionner ici. Le droit de reproduction a été introduit dans la Convention lors de la Conférence, et dès la série de réunions des représentants des gouvernements précédant la Conférence, il est apparu clairement que la question des limitations et des exceptions à ce droit exclusif devait être abordée. Les intentions générales ont été exposées dans le « Programme » de la Conférence, un document préparé par un Groupe de travail établi par le gouvernement hôte de la Suède et le Bureau international.

En ce qui concerne les limitations et les exceptions, le document stipule que :

31. *Rapports Stockholm*, p. 111 et s.; *1886-1986 – Centenaire de la Convention de Berne*, p. 243.

À cet égard, le Groupe de travail a observé que, d'une part, il est évident que toutes les formes d'exploitation d'une œuvre qui a, ou est susceptible d'acquérir, une importance économique ou pratique considérable doivent en principe être réservées aux auteurs ; les exceptions qui pourraient restreindre les possibilités offertes aux auteurs à cet égard ne sont pas acceptables. D'autre part, il ne faut pas oublier que les législations nationales contiennent déjà une série d'exceptions en faveur de divers intérêts publics et culturels et qu'il serait vain de supposer que les pays soient prêts à ce stade à abolir ces exceptions dans une mesure appréciable.³²

Le document proposait ensuite que la Convention prévoie que :

[...] il appartiendra aux législations des pays de l'Union, compte tenu des dispositions de la Convention, de limiter la reconnaissance et l'exercice du droit [de reproduction] à des fins déterminées et à la condition que ces fins n'entrent pas en concurrence économique avec ces œuvres.³³

Dans l'exposé des motifs de cette proposition, il est précisé que :

[...] toutes les formes d'exploitation d'une œuvre qui ont, ou sont susceptibles d'acquérir, une importance économique ou pratique considérable doivent être réservées aux auteurs.³⁴

32. *Rapports Stockholm*, p. 111 et s.

33. *Idem*, p. 112.

34. *Idem*.

Lors de la Conférence elle-même, certaines exceptions spécifiques ont été discutées, telles que la reproduction à des fins privées et à des fins judiciaires et administratives, et l'ajout d'autres exceptions a également été proposé, mais il est finalement apparu qu'il serait difficile de s'accorder sur de telles dispositions. Au lieu de cela, la Conférence s'est mise d'accord sur la formulation générale du test en trois étapes, qui a été adoptée à l'article 9 (2). Le Rapport général contient l'explication suivante de cette disposition :

S'il est estimé que la reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, la reproduction n'est pas du tout permise. S'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts « légitimes de l'auteur. Seulement s'il n'en est pas ainsi, il serait possible dans certains cas spéciaux d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement. À titre d'exemple pratique, la photocopie dans divers buts peut être mentionnée. Si elle consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, cela ne peut pas être permis, car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Si elle implique la confection d'un nombre d'exemplaires relativement grand pour utilisation dans des entreprises industrielles, elle peut ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, sous la condition que, selon la législation nationale, une rémunération équitable doive être versée. Si elle est faite en une petite quantité d'exemplaires, la photocopie peut être permise sans paiement, notamment pour un usage individuel ou scientifique.³⁵

35. *Idem*, p. 1152.

Compte tenu de l'évolution technologique qui s'est produite au cours des 55 années écoulées depuis que ces exemples ont été donnés, de la facilité accrue et des coûts beaucoup plus faibles associés à la photocopie et autres formes de reproduction, il est probable qu'aujourd'hui on devrait surtout prêter de l'importance aux principes énoncés dans le commentaire, plutôt qu'aux exemples spécifiques.

Le dernier acte de la Convention, l'Acte de Paris de 1971, reproduit sans changement les dispositions de fond de l'Acte de Stockholm, à l'exception des dispositions spécifiques concernant les pays en voie de développement, et ne contribue donc pas à la compréhension des questions qui font l'objet de la présente discussion.

e. Résumé de l'évolution

En ce qui concerne l'interprétation du terme « public », l'examen de l'évolution historique de l'article 11 de la Convention de Berne confirme ce que l'on peut comprendre du texte de la disposition et de son contexte : il se fonde sur l'état du droit national tel qu'il était lors de l'adoption initiale de la Convention et tel qu'il a évolué par la suite entre les Conférences de révision. Les Rapports généraux et les procès-verbaux en général ne témoignent pas d'une intention commune des Parties contractantes de régler en détail l'interprétation de l'expression *jure conventionis*. Il est toutefois justifié de supposer qu'il existe une intention normative dans l'utilisation de ce terme. Les droits minimaux couvrent certainement les utilisations où il y a une disponibilité générale pour la population en général ou pour des groupes

importants de celle-ci, et ils ne couvrent pas les cas où les œuvres sont utilisées au sein du cercle familial et de ses connaissances les plus proches. Néanmoins, entre les deux, il reste une zone grise dont la délimitation est laissée, au moins dans une certaine mesure, à la législation nationale.

Cela ne signifie pas pour autant que les législateurs nationaux sont libres d'adopter la définition qu'ils souhaitent. En particulier, il convient de rappeler qu'à la seule occasion où la question a été débattue, lors de la Conférence de révision de Bruxelles, l'accord qui en a résulté a consisté à traiter la question dans le contexte des limitations et exceptions autorisées (les « réserves mineures »). Dans ce domaine, des orientations supplémentaires peuvent être trouvées dans les développements ultérieurs.

3. LA CONVENTION DE ROME

Comme la *Convention de Berne*, la *Convention de Rome* utilise le terme « public », mais on ne trouve aucune trace dans les Actes³⁶ suggérant que la compréhension de ce concept a fait l'objet de discussions. En revanche, il était clair dès le départ que la Convention appartenait à la même famille que la *Convention de Berne* et que la – toujours d'actualité à l'époque – Convention universelle sur le droit d'auteur. En vertu de l'article 14, être Partie à l'une de ces conventions sur le droit d'auteur était une condition préalable pour devenir Partie à la *Convention de Rome*.

36. *Rapports Rome 1961*.

Cela peut être interprété comme une indication que les termes généralement utilisés dans le domaine du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques ont été utilisés dans la *Convention de Rome* dans le même sens. Adoptée en 1961, celle-ci a été négociée alors que l'Acte de Bruxelles de 1948 de la *Convention de Berne* était la version la plus récente de cette Convention. Il convient de rappeler que l'Acte de Bruxelles avait déjà transformé le droit de représentation publique d'une simple exigence de traitement national en un droit minimum et que le terme « public » avait donc acquis une signification propre dans le cadre de la Convention. Le *Guide de l'OMPI sur la Convention*, rédigé par Claude Masouyé, ne commente pas directement ce lien possible entre les Conventions, mais le fait en relation avec la jurisprudence nationale existante concernant le droit à rémunération et, entre autres, la communication au public. En effet, concernant l'article 12 qui contient ce droit, le guide indique qu'il existe « décisions de tribunaux portant soit sur le montant de la rémunération soit sur l'interprétation des lois en vigueur à cet égard. »³⁷

Toujours dans le domaine des limitations et exceptions, il existe des liens étroits entre les conventions sur le droit d'auteur et la *Convention de Rome*. L'article 15 de cette dernière stipule que la législation nationale peut prévoir des exceptions dans quatre domaines explicitement mentionnés (utilisation privée, courts extraits pour rendre compte de l'actualité, fixations éphémères et utilisation pour l'enseignement et la recherche), mais son paragraphe 2 ajoute une possibilité générale d'appliquer les mêmes limitations que celles

37. Claude Masouyé, *Guide de la Convention de Rome et de la Convention Phonogrammes*, Publication OMPI 617 (E), Suisse, 1981, p. 63.

prévues par la législation nationale en ce qui concerne les œuvres littéraires et artistiques, à l'exception de certaines licences obligatoires. En pratique, cela signifie que tout ce qui est autorisé par la *Convention de Berne*, à l'exception des licences obligatoires pour la radiodiffusion en vertu de l'article 11^{bis} (2) et pour la reproduction mécanique en vertu de l'article 13, est également autorisé par la *Convention de Rome*.

Ainsi, le terme « public » était déjà employé dans un instrument international existant très pertinent régissant les matières « voisines », et il n'y avait pas d'autres précisions dans le Rapport général, pourtant plutôt détaillé. Dans ces conditions, on peut supposer que le terme devrait, au moins dans un premier temps, être compris dans cette dernière convention de la même manière que dans l'Acte de Bruxelles de la *Convention de Berne*.

4. LES CLARIFICATIONS OBTENUES DANS L'ACCORD SUR LES ADPIC, LE WCT ET LE WPPT

L'adoption en 1994 et 1996, respectivement, de l'*Accord sur les ADPIC*, du *WCT* et du *WPPT* est également pertinente pour la compréhension du terme « public », bien qu'ils ne contiennent aucune clarification explicite de ce terme. En effet, s'ils étaient censés établir un accord ultérieur sur l'interprétation des Conventions de Berne et de Rome, ils devraient être acceptés explicitement ou tacitement par toutes les Parties contractantes.³⁸ Ce qui n'est pas le cas, car tous les pays membres des Conventions de Berne ou de Rome n'ont pas adhéré aux nouveaux instruments concernés. Bien que le

38. *CVDT*, article 31 (3) (a).

WCT et le *WPPT* aient été proposés à tous les pays membres de l'OMPI en étant ouverts à leur acceptation et à leur ratification, l'offre n'a pas été acceptée par tous, et en ce qui concerne les pays qui ne l'ont pas acceptée, rien ne va dans le sens d'un accord ultérieur. Néanmoins, le *WCT*, le *WPPT* et l'*Accord sur les ADPIC* peuvent revêtir de l'importance en tant que pratique ultérieure dans l'application des conventions, à condition qu'ils établissent l'accord des Parties concernant leur interprétation.³⁹ À cet égard, une compréhension tacite peut être établie pour autant que la pratique soit uniforme et qu'il y ait de bonnes preuves que les autres Parties l'ont approuvée.⁴⁰ En outre, le *WCT*, le *WPPT* et l'*Accord sur les ADPIC* peuvent également être considérés comme des règles pertinentes de droit international, applicables dans les relations entre les pays membres, et qui sont également importantes pour l'interprétation des traités internationaux.⁴¹

À cet égard, il convient d'accorder une attention particulière à deux éléments relatifs aux limitations et aux exceptions autorisées par la *Convention de Berne*. Premièrement, par l'entremise de l'article 13 de l'*Accord sur les ADPIC*, de l'article 10 du *WCT* et de l'article 16 du *WPPT*, le test des trois étapes a été établi comme norme générale s'appliquant, en ce qui concerne l'*Accord sur les ADPIC* et le *WCT*, à la fois aux droits accordés en vertu de la *Convention de Berne*, telle qu'adoptée par renvoi par les deux premiers instruments, et aux droits spécifiquement accordés en vertu de ces instruments. En ce qui concerne le *WPPT*, le test a fourni une norme pour

39. *CVDT*, article 31 (3) (b).

40. Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd édition, Oxford University Press, 2015, p. 267.

41. *CVDT*, article 31 (3) (c).

les droits voisins qui correspond mieux aux normes parallèles sur le droit d'auteur que la disposition de l'article 15 de la *Convention de Rome*. En outre, le champ d'application du test a été élargi pour couvrir tous les droits, et pas seulement le droit de reproduction comme dans la *Convention de Berne*. Ainsi, la doctrine des exceptions mineures de la *Convention de Berne* a été fusionnée avec le test des trois étapes. En ce sens, le test s'applique à tous les droits accordés en vertu du *WCT* et de l'*Accord ADPIC* – y compris les droits adoptés par référence à la *Convention de Berne* – et codifie également les exceptions mineures. En outre, les mêmes possibilités de limitation et d'exception pour le droit d'auteur et les droits voisins des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion sont désormais explicitement confirmées, bien qu'elles existaient déjà dans les faits par le biais de la disposition de l'article 15 (2) de la *Convention de Rome* permettant toutes les limitations et exceptions que la législation nationale en question applique également en matière de protection du droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques.

Secondement, une décision du Groupe spécial dans le cadre du Règlement des différends de l'OMC a jeté la lumière sur l'interprétation du test des trois étapes et son application aux limitations et exceptions concernant le droit de représentation publique. La décision est complète et volumineuse, mais pour les besoins du présent article, quelques points essentiels méritent d'être rappelés :

- Pour être un cas « spécial », la limitation ou l'exception doit être limitée dans son champ d'application ou exceptionnelle dans sa portée. En d'autres

termes, elle doit être limitée quantitativement et qualitativement. Cela suggère un champ d'application étroit ainsi qu'un objectif exceptionnel ou reconnaissable. Envisagée dans le contexte de la deuxième condition du test, qui consiste à ne pas porter atteinte à l'exploitation normale, une exception ou limitation devrait être l'opposé d'un cas non spécial, c'est-à-dire un cas normal.⁴²

- Même si le revenu que le titulaire des droits peut tirer de chaque utilisateur est très faible, c'est l'accumulation d'établissements d'utilisateurs qui compte.⁴³
- Le terme « normal » comporte à la fois un aspect empirique ou quantitatif relatif au degré de « d'éviction du marché » et un aspect qualitatif relatif à ce qui est « conforme à un type ou à une norme », qui comprend, entre autres, un élément dynamique capable de prendre en compte l'évolution de la technologie et du marché. Sur la base des travaux préparatoires de la Conférence de Stockholm, cités *supra*⁴⁴, le Groupe spécial a estimé que l'exploitation visée par la deuxième condition du test devrait couvrir, outre les formes d'exploitation qui génèrent actuellement des revenus significatifs ou tangibles, les formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient acquérir une importance économique ou pratique considérable. En revanche, les exceptions ou limitations seraient présumées ne pas porter atteinte

42. *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, p. 37.

43. *Idem*, p. 53.

44. Cf. *supra* notes de bas de page n° 32 à 34.

à l'exploitation normale des œuvres si elles sont limitées à un champ d'application ou à un degré qui n'entre pas en concurrence économique avec les utilisations non exemptées.⁴⁵

- Les exceptions ou limitations entrent en conflit avec l'exploitation normale, si les utilisations autorisées entrent en concurrence économique avec la manière dont les titulaires de droits extraient normalement la valeur économique du droit en question et les privent ainsi de recettes significatives ou tangibles.⁴⁶
- Concernant la troisième condition du test, la notion d'« intérêt » n'est pas nécessairement liée à un avantage ou à un préjudice économique réel ou potentiel, mais aussi, plus généralement, à quelque chose qui revêt une certaine importance pour une personne physique ou morale.⁴⁷
- Le terme « légitime » peut se référer à la légalité, mais il a aussi la connotation de justifiable à la lumière des objectifs qui sous-tendent la protection des droits exclusifs.⁴⁸
- L'expression « pas injustifié » par connotation un seuil un peu plus strict que ce qu'évoque le terme « justifié », qui signifie « proportionné », « dans les limites du raisonnable, pas beaucoup moins pas beaucoup

45. *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, p. 53 et s.

46. *Idem*, p. 54.

47. *Idem*, p. 67 et s.

48. *Idem*, p. 68.

plus que ce qui pourrait être considéré comme probable ou approprié », ou « d'un montant ou d'une ampleur juste, moyenne ou appréciable ». De l'avis du Groupe spécial, un préjudice causé aux intérêts légitimes des détenteurs de droits atteint un niveau injustifié si une exception ou limitation engendre ou risque d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur.⁴⁹

- Le caractère non commercial de l'utilisation en question n'est pas un élément déterminant pour autant que l'exception énoncée dans la législation nationale soit effectivement *mineure*. Les utilisations non commerciales d'œuvres, par exemple dans l'éducation des adultes et des enfants, peuvent avoir une incidence économique plus que négligeable sur les détenteurs du droit d'auteur.⁵⁰

Il convient de noter que parmi les facteurs soulignés par la décision du Groupe spécial, ceux de nature économique semblent être dominants. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un élément isolé, le préjudice réel ou potentiel causé aux intérêts des titulaires de droits, aux yeux du Groupe spécial, semble essentiel pour déterminer si les conditions de la deuxième et de la troisième étape sont remplies.

49. *Idem*, p. 66 et s.

50. *Idem*, p. 25.

5. AUTRES ACCORDS INTERNATIONAUX

a. L'Accord sur les ADPIC

L'Accord sur les ADPIC ne contient aucune définition du terme « public », mais une telle définition a fait l'objet de discussions au cours des négociations. Ainsi, dans le « texte du Président » de juillet 1990, un projet de définition incluait comme publiques les communications faites « dans un lieu ouvert au public ou en tout lieu où se trouve réuni un nombre important de personnes n'appartenant pas au cercle familial habituel et à ses connaissances sociales », ainsi que les communications interactives qui peuvent être reçues par les membres du public à l'endroit ou au moment de leur choix.⁵¹ Le Projet de Bruxelles de décembre 1990 n'a pas tenté de définir le concept, mais il l'a encadré dans des termes empruntés aux deux dernières conditions du test des trois étapes, en déclarant que « [l]e terme « public » ne doit pas être défini dans le droit interne des PARTIES d'une manière qui porte atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre et cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des détenteurs de droits ».⁵² Le projet fait également référence à ce concept lorsqu'il évoque l'article traitant des limitations et exceptions, qui se lit comme suit :

51. Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis*, 5^{ème} édition, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 2021, p. 322; Mihály Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford University Press, 2002, p. 166; Jayashree Watal & Antony Taubman (dir.), *The Making of the TRIPS Agreement, Personal Insights from the Uruguay Round Negotiations*, World Trade Organization, Suisse, 2015, p. 384.

52. Gervais, 2021, p. 322; Ficsor, 2002, p. 166.

Les PARTIES restreindront les limitations ou exceptions aux droits exclusifs (y compris les limitations ou exceptions qui restreignent ces droits à l'activité « publique ») à des cas spéciaux clairement et soigneusement définis qui ne portent pas atteinte à un marché réel ou potentiel pour une œuvre protégée ou à la valeur de cette œuvre.⁵³

Aucun de ces projets de texte n'a été intégré à l'accord final et, étant donné que les négociations n'ont pas fait l'objet d'une publication sous forme de procès-verbal, il n'est pas évident de savoir pourquoi ils ont été abandonnés.⁵⁴ Il semble toutefois probable que la question ait été écartée des propositions de compromis simplement parce qu'elle était trop controversée.⁵⁵

b. L'Accord ALENA

Dans cet instrument international de nature régionale, une définition spécifique du terme « public » a été incluse. En effet, l'article 1721 de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), désormais historique, entre le Canada, le Mexique et les États-Unis d'Amérique, définit, aux fins du droit de communication au public et de représentation publique, le terme « public » comme suit

« tout groupe de personnes à qui s'adressent des communications ou exécutions d'œuvres et qui sont en mesure de les recevoir que ce

53. *Watal & Taubman*, 2015, p. 385.

54. *Fiscor*, 2002, p. 166.

55. Adrian Otten, « The TRIPS negotiations : An overview », in *Watal & Taubman*, 2015, p. 55-78, p. 68.

soit au même moment ou à des moments et à des endroits différents, à condition qu'il s'agisse d'un groupe plus étendu qu'une famille et son cercle immédiat de connaissances, ou d'un groupe composé d'un nombre limité de personnes ayant entre elles des liens tout aussi étroits qui n'aura pas été formé dans le dessein principal de recevoir de telles exécutions ou communications d'œuvres. »

L'*Accord de libre-échange de 2020* entre les États-Unis d'Amérique, les États-Unis du Mexique et le Canada ne contient pas de disposition similaire.

6. EXEMPLES DE DROITS RÉGIONAL ET NATIONAL

a. L'Union européenne

Dans le cadre de l'Union européenne, le droit d'auteur et les droits voisins ne sont que partiellement harmonisés, et la portée exacte de l'harmonisation n'est pas toujours claire. D'une part, l'article 3 de la *Directive Infosoc*⁵⁶ harmonise le droit de communication au public des œuvres et, entre autres, les droits de mise à disposition du public des fixations d'exécutions et des phonogrammes. Le droit de représentation publique, en revanche, n'est pas couvert par l'harmonisation, mais le droit à une rémunération équitable pour la communication au public de phonogrammes publiés dans le commerce

56. 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.

est harmonisé à l'article 8, paragraphe 2, de la *Directive relative aux droits de location et de prêt et à certains droits voisins*⁵⁷.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a toutefois déclaré dans un certain nombre d'affaires que les termes harmonisés dans le droit européen doivent recevoir une interprétation uniforme dans tous les États membres, sauf indication contraire dans les dispositions pertinentes.⁵⁸ En l'absence de toute décision de la CJUE concernant le terme « public » en relation avec les représentations, il n'est donc pas évident qu'une harmonisation européenne ait eu lieu dans ce domaine, mais ce n'est pas non plus improbable.

Dans plusieurs affaires, la CJUE a précisé l'interprétation du concept de « communication au public ». Ainsi, entre autres, il est indiqué que : « la notion de « public » vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important »⁵⁹; « l'effet cumulatif qui résulte de la mise à disposition des œuvres auprès des destinataires potentiels. À cet égard, il est notamment pertinent de savoir combien de personnes ont accès à la même œuvre parallèlement et successivement »⁶⁰; la personne qui organise la communication ne fournit pas « un simple moyen technique pour garantir ou améliorer la réception de l'émission d'origine dans sa zone de couverture »⁶¹; pour être qualifiée de

57. 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.

58. Voir par exemple C-306/05 du 07.12.2006 (SGAE) considérant 31 ; C-5/08 du 16.07.2009 (Infopaq) considérant 27 et suivants.

59. C-117/15 (*Reha Training*), considérant 41.

60. C-351/12 (*OSA*), considérant 28.

61. C-306/05 (SGAE), considérant 42.

« 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 »⁶²; « le caractère lucratif d'une communication au public, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la [Directive Infosoc], n'est pas dénué de pertinence »⁶³; « 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. »⁶⁴ De plus, la CJUE a déclaré que : « La Cour a [...] souligné, s'agissant de la notion de « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la [Directive Infosoc], qu'elle implique une appréciation individualisée [...] ». « 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 [...] ». »⁶⁵ Plus spécifiquement, un certain nombre de décisions de la CJUE ont permis de déterminer, selon les situations, si les communications étaient publiques ou privées, décisions qu'il n'est pas nécessaire de détailler dans le cadre de cet article.

62. C-527/15 (Filmspeler), considérants 33 et 47.

63. C-160/15 (GS Media), considérant 38.

64. *Idem*, considérant 47.

65. C-392/19 (VG Bild-Kunst), considérants 33 et 34.

b. France

La *Loi française sur le droit d'auteur*⁶⁶ définit, à l'article L122-2, la représentation comme la communication de l'œuvre au public par tout procédé, y compris la récitation publique et les représentations analogues, ainsi que la télédiffusion. Ainsi, l'exigence que l'œuvre atteigne « le public » fait partie de la définition du droit. L'article L122-4 est formulé de manière plus large en ce sens qu'il stipule que toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite. Cependant, étant donné la définition plus étroite de la représentation, on pourrait facilement avoir l'impression que seules les représentations publiques sont couvertes. L'article L122-5, au contraire, donne l'impression qu'il s'agit d'un droit très large qui couvre à la fois les représentations publiques et privées, qui est ensuite réduit par une limitation dans ledit article, qui stipule que lorsque l'œuvre avec le consentement de l'auteur a été divulguée, l'auteur ne peut pas interdire les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille.

La jurisprudence a estimé que la notion de « cercle de famille » utilisée dans cet article ne correspond pas exactement à la signification de la même expression dans le langage courant; elle a été définie par la jurisprudence comme la réunion de parents, de proches, d'amis intimes, ayant des contacts réguliers dans un cercle d'intimité.⁶⁷ Par ailleurs, il importe peu que le spectacle

66. *Code de la propriété intellectuelle* (version en vigueur au 25 juin 2021), accessible à : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000043702103/2021-06-25/> (consulté le 19 mars 2021).

67. Benoit Galopin & Julie Groffe, « France » in *Copyright Throughout the World*, Thomson Reuters, Rel. 7, 11/2015, p. 15-61.

soit à but lucratif ou que le public soit réel, potentiel ou virtuel. Le critère est qualitatif et consiste à vérifier si la personne touchée par le spectacle fait partie du cercle familial. Il n'est pas quantitatif et exige qu'un certain nombre de personnes soient impliquées.⁶⁸

c. Allemagne

Selon l'article 15, paragraphe 3, de la *Loi allemande sur le droit d'auteur*, « [l]a communication d'une œuvre est considérée comme publique si elle est destinée à une pluralité de membres du public. Est considérée comme membre du public toute personne qui n'est pas liée par une relation personnelle avec la personne qui exploite l'œuvre ou avec les autres personnes auxquelles l'œuvre est rendue perceptible ou mise à disposition sous une forme non matérielle ». Par ailleurs, en tant qu'État membre de l'Union européenne, l'Allemagne se conforme au droit européen, y compris en ce qui concerne la détermination des communications au public.

En ce qui concerne les rassemblements de familles et d'amis qui ont lieu dans des locaux loués, quelques décisions de juridictions allemandes ont confirmé que la taille seule n'est pas décisive pour déterminer si une fête constitue un événement public. Par exemple, le tribunal de district de Stuttgart a décidé qu'un bal de fin d'études réunissant 530 invités n'était pas un événement public, car, conformément aux critères de la CJUE, la mise à disposition était limitée aux seules personnes invitées au bal (cercle privé) et

68. Pierre Sirinelli, « Le droit de communication au public », *RIDA*, vol. 256, 2018, n° 4, p. 77.

ayant un lien avec les étudiants. La Cour a estimé que le nombre limité de destinataires était étayé par le fait que le lieu n'offrait qu'un espace restreint de 1 000 m².⁶⁹

d. États-Unis d'Amérique

L'article 101 de la *Loi sur le droit d'auteur des États-Unis* comporte la définition suivante :

Représenter ou exécuter, ou présenter, une œuvre « en public » signifie 1) la représenter ou l'exécuter, ou la présenter, en un lieu accessible au public ou en tout lieu où sont réunies un nombre important de personnes étrangères au cercle normal d'une famille et de son entourage ; ou 2) transmettre ou communiquer de toute autre manière une représentation ou exécution, ou une présentation, de l'œuvre en tout lieu spécifié au sous-alinéa 1) ou bien au public, au moyen d'un dispositif ou d'un procédé, que les membres du public qui peuvent recevoir une telle transmission ou communication la reçoivent dans le même lieu ou dans des lieux différents, au même moment ou à des moments différents.

Dans le cadre des discussions sur le projet de loi au Congrès, il a été souligné que – dans une certaine mesure contrairement à la législation antérieure telle qu'interprétée par la jurisprudence – l'intention était que « les représentations dans des lieux « semi-publics » tels que les clubs, les hôtels, les usines, les centres de vacances et les écoles sont des « représentations

69. AG Stuttgart, 5 février 2019 – 4 C 4895/18.

publiques » soumises au contrôle du droit d'auteur ». ⁷⁰ Le droit est accordé à l'article 106, paragraphe 4, en tant que droit exclusif « dans le cas d'œuvres littéraires, musicales, dramatiques et chorégraphiques, de pantomimes, de films cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, représenter ou exécuter en public l'œuvre protégée ». Certaines exceptions à ce droit sont contenues notamment dans l'article 110 de la loi, et en particulier celles contenues dans le paragraphe (5) de cette section ont été jugées dans la décision du Groupe spécial de l'OMC, évoquée ci-dessus au point 4., mais en tant qu'exceptions au droit accordé, elles n'affectent pas l'interprétation du terme « public ».

e. Danemark

Dans la *Loi danoise sur le droit d'auteur*⁷¹, la section 2 (1) et (3) accorde un droit exclusif de disposer de l'œuvre, entre autres, par la représentation publique. Ce concept, à son tour, est précisé au paragraphe (4), selon lequel il comprend la communication au public avec ou sans fil, y compris la radiodiffusion et la communication interactive, ainsi que l'exécution sur un lieu de travail devant un groupe important, qui auraient autrement été considérées comme non publiques. Au fil des ans, un nombre considérable de décisions de justice ont développé le concept de « public » *vs.* celui de « privé », en particulier dans le domaine de la représentation publique d'œuvres musicales. Nous ne les décrivons pas ici, mais nous pouvons brièvement évoquer que la

70. H.R. Rep. No. 94-1476, p. 64; S. Rep. No. 94-473, p. 60.

71. Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker, loi consolidée 1144 du 23 octobre 2014, modifiée en dernier par la loi 2607 du 28 décembre 2021. Disponible en anglais ou avec des outils de traduction automatique, dans son état au 23 octobre 2014, à l'adresse <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/results?countryOrgs=DK&subjectMatter=11&typeOfText=205&last=true> (consultée le 27 février 2023).

distinction dépend principalement de l'existence ou non de liens personnels entre les personnes qui décident et sont responsables de l'exécution musicale et le public. Les liens entre les membres du public ne sont pas décisifs, même si un certain nombre de décisions se prêtent à l'examen de cette relation. En outre, un certain nombre d'autres critères auxiliaires sont venus compléter le critère principal, tels que la taille potentielle (et parfois réelle) du public, la taille de la salle, le fait que l'accès à la salle soit ouvert à tous ou au moins à des parties de la population généralement plus restreintes, telles que les femmes, les retraités, les collectionneurs de timbres, entre autres, et le fait que la représentation fasse l'objet d'une publicité destinée à l'ensemble de la population.⁷²

Cependant, ces dernières années, la Cour suprême danoise a pris des décisions qui tendent à élargir le domaine dans lequel les représentations ou les communications sont considérées comme privées, par exemple en déclarant que la règle susmentionnée au paragraphe 4 concernant les représentations dans les entreprises pour des groupes importants, qui auraient autrement été considérées comme non publiques, ne s'applique pas lorsque des représentations isolées ont lieu devant une multitude de personnes individuelles ou plusieurs groupes plus petits au sein de la même entreprise.⁷³ De même, dans une décision controversée, la Cour a estimé que la musique jouée dans les clubs de jeunes, gérés par les autorités publiques dans le cadre de la législation sociale, n'est pas publique, en soulignant, entre autres : les objectifs généraux de la législation, qui incluent l'établissement d'une communauté et de relations de

72. Morten Rosenmeier, *The Implications of EU Law for the Distinction Between Public and Private in Copyright Law*, NIR, 2016, p; 441-478 (en danois), p. 442 et s.

73. UfR 2007.1581H.

confiance entre les membres individuels du club et le personnel adulte ; que le nombre total de membres et la fréquentation réelle ne sont pas supérieurs à ce qui permet l'établissement d'une telle communauté et de telles relations ; que l'utilisation de la musique fait partie de la réalisation des objectifs sociaux plus larges des activités dans les clubs ; et qu'elle a lieu dans le cadre des contacts sociaux entre les enfants et les adolescents dans le contexte du régime des clubs comme alternative aux contacts sociaux dans leurs foyers.⁷⁴ De même, dans une affaire concernant l'utilisation de la musique lors d'entraînements de gymnastique dans des groupes individuels au sein d'associations sportives, la Cour a estimé que ces associations sont sans but lucratif et fondées sur le travail volontaire non rémunéré, qu'elles sont enracinées dans les communautés locales et qu'elles œuvrent à la promotion des relations sociales entre les membres. Chaque groupe où la musique est utilisée contient un nombre limité de participants. L'utilisation de la musique est un élément important, mais non primordial, et les participants doivent être devenus membres de l'association et avoir rejoint le groupe individuel pour une saison complète et ils ne peuvent pas choisir le groupe et l'heure de chaque session. Après avoir évalué tous ces facteurs, la Cour a estimé, dans une décision prise à trois voix contre deux, que la représentation ne pouvait pas être considérée comme publique.⁷⁵ Plus tard, la Cour s'est référée à cette décision dans une affaire concernant des cours de danse et d'exercice physique organisés par des associations d'éducation civique financées par des fonds publics. Bien que des brochures annonçant les cours aient été distribuées à quelque 250 000 ménages dans l'agglomération de Copenhague, la Cour n'a trouvé aucune

74. UFR 1999.2011H.

75. UFR 2004.2134H.

raison de considérer différemment l'utilisation de la musique en l'espèce et a donc décidé qu'elle ne devait pas être considérée comme publique.⁷⁶

7. ANALYSE ET CONCLUSIONS

Aucune définition ou disposition des instruments internationaux actuellement en vigueur examinés dans cet article n'établit, ne développe ou ne clarifie la portée du concept de « public ». Celui-ci a été introduit dans les instruments internationaux à partir du droit national, où il avait été établi avant l'entrée en vigueur des traités internationaux. À ce titre, parvenir à formuler une compréhension plus précise du terme est une question d'interprétation des traités.

Les points de vue des spécialistes sur la question diffèrent, et tous les commentateurs des conventions et traités internationaux dans ce domaine sont loin d'avoir abordé la question. Sam Ricketson et Jane Ginsburg déduisent de la structure des droits pécuniaires des articles 11, 11^{bis}, 11ter, 14 et 14^{bis}, et en se référant à la pratique de la CJUE, que ces droits doivent se référer à des représentations devant un nombre substantiel de personnes sans lien de parenté ou à des communications adressées à ces personnes, et ils poursuivent en affirmant que :

Plus le public est large et disparate, plus l'impact sur la capacité de l'auteur à exploiter l'œuvre par rapport à son « public », c'est-à-dire ceux qui sont prêts à payer (par exemple, en argent, en affichage de

76. UfR 2018.516H.

publicités ou en fournissant des données personnelles) pour entendre ou voir l'œuvre exécutée, est important. Cette interprétation n'exclut donc du « public » que le cercle familial immédiat. Une formulation un peu plus large, qui reste cohérente avec la proposition selon laquelle le « non-public » doit être économiquement insignifiant, pourrait être « le cercle normal de la famille et ses connaissances sociales ». (Référence au droit américain omise).

Selon eux, cependant, en l'absence de lignes directrices conventionnelles claires, la frontière entre « public » et « privé » reste du ressort de la législation nationale, sous réserve que la ligne de démarcation ne soit pas fixée de manière à rendre « privées » (et donc en dehors du champ d'application du droit) les exécutions ou les communications destinées à un nombre substantiel de personnes.⁷⁷

Stephen Stewart met, quant à lui, moins l'accent sur les aspects économiques que sur les relations entre les publics récepteurs de l'œuvre. Se référant à la législation nationale, il se concentre principalement sur les relations familiales en tant qu'élément central des cercles privés, mais les connaissances sociales peuvent également être considérées comme privées, par exemple lors des réceptions de mariage. Il précise toutefois que :

[l]'opinion qui se dégage est qu'une simple connaissance sociale en l'absence de relation familiale ne devrait pas suffire à constituer un

77. Sam Ricketson & Jane C Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, 3^e édition, Oxford University Press, 2022, , p. 693.

cercle domestique et donc privé, et que des connaissances sociales ne seraient pas déduites du simple fait que des personnes partagent des lieux de travail, d'hébergement ou de loisir. (Référence au droit britannique omise).⁷⁸

On ne peut affirmer avec certitude que les dispositions générales sur les limitations et exceptions, le test en trois étapes, de l'article 13 de l'*Accord sur les ADPIC*, de l'article 10 du *WCT*, de l'article 16 du *WPPT* et de l'article 13 du *BTAP* s'appliquent à la limitation de la portée des droits d'exécution et de communication, qui découle de l'absence de droits relatifs à l'utilisation dans un cadre privé. La distinction entre « public » et « privé » semble avoir été discutée dans le cadre de la négociation de l'*Accord sur les ADPIC*, mais elle n'a donné lieu à aucune trace dans le texte adopté, et les raisons pour lesquelles elle n'y a pas été incluse ne sont pas disponibles.

Les commentateurs ont exprimé des points de vue différents quant à la compréhension des termes « limitations » et « exceptions ». Sam Ricketson et Jane Ginsburg, par exemple, semblent considérer que les exceptions correspondent à des cas où un droit est accordé au départ par la loi, mais où est ensuite retiré dans des cas également établis par la loi. En matière de limitations, il s'agit pour eux des cas où la loi n'accorde pas le droit en question en premier lieu, tel qu'une absence de protection des textes législatifs.⁷⁹ Mihály Ficsor, quant à lui, considère qu'au vu des différentes façons, dont les traités utilisent les termes, « la seule chose que l'on puisse dire sans risque d'erreur est

78. Stephen M. Stewart, assisté par Hamish Sandison, *International Copyright and Neighbouring Rights*, 2^e édition, Butterworths, 1989, p. 65.

79. Ricketson & Ginsburg, 2022, p. 738.

que l'expression « limitations et exceptions » couvre les utilisations libres sous toutes leurs formes, les licences non volontaires et, le cas échéant, d'autres limitations (par exemple, l'imposition d'un mécanisme de gestion collective obligatoire) ». ⁸⁰

On peut donc se demander si le test des trois étapes s'applique à la distinction entre public et privé. En ce qui concerne les termes du test des trois étapes, il semble évident qu'ils visent une compréhension large. Sinon, il ne serait pas nécessaire d'utiliser à la fois les termes « limitations » et « exceptions », interprétation qui est confirmée par le caractère large et général des trois étapes. Par conséquent, rien dans les termes du test n'indique une quelconque intention de limiter le champ d'application de manière à ce qu'il ne s'applique pas à la détermination du concept de « public ». C'était peut-être moins évident lorsque le test n'apparaissait qu'à l'article 9 (2) de la *Convention de Berne* traitant du droit de reproduction, mais après la généralisation du test dans l'*Accord sur les ADPIC*, le *WCT*, le *WPPT* et le *Traité de Pékin*, le contexte est différent et, en fait, beaucoup plus large.

La portée de l'application directe du test peut toutefois, dans une certaine mesure, être considérée comme une question purement théorique, car même si le test n'était pas considéré comme directement applicable, il n'en resterait pas moins très pertinent.

80. Mihály Ficsor, *Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes*, Publication OMPI 891 (E), 2004, p. 288.

Le test fournit une courte et éloquente circonscription des nettes exigences minimales en matière de droits des instruments internationaux, c'est-à-dire le contenu des droits exclusifs moins les limitations et exceptions autorisées. Il s'agit d'une partie importante du cadre général des traités qui indique le niveau de protection généralement prévu. Par conséquent, les deuxième et troisième conditions du test contribuent à la formulation de l'objet et du but des droits minimaux, à savoir soutenir une exploitation normale des œuvres, des interprétations et exécutions, etc. et sauvegarder dans une mesure raisonnable les intérêts légitimes de leurs auteurs et de ceux qui tirent des droits de ces auteurs.

Par ailleurs, il pourrait bien s'agir d'une simple question de tradition ou de technique législative, à savoir si une restriction à l'applicabilité des droits est rédigée comme un élément de ce qui est considéré comme « public » ou « privé », comme c'est le plus souvent le cas, ou comme une exception au droit exclusif de représentation ou de communication, comme cela semble être le cas en droit français, du moins si on lit isolément l'article L122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle. Il ne serait donc pas logique que les règles conventionnelles applicables diffèrent sensiblement en fonction de la seule technique législative utilisée. Afin de présenter des normes cohérentes en accord avec les différentes règles internationales, qui lient une grande majorité de pays dans le monde, ces éléments doivent être considérés comme une réglementation globale, plutôt que comme une législation atomisée de questions distinctes et sans rapport entre elles.

Ainsi, replacé dans son contexte, à la lumière de l'objet et du but du traité, et en tenant compte des règles pertinentes du droit international

applicables dans les relations entre les Parties, on ne peut tout simplement pas faire abstraction du test lorsqu'on discute du concept de « public » *vs* « privé ».

On peut également ajouter que, comme le montrent l'évolution historique des dispositions de la *Convention de Berne* et les déclarations figurant dans les documents reprenant les discussions, c'est-à-dire les Rapports généraux des conférences de révision, la distinction « public/privé » dans la *Convention de Berne* a été examinée par la Conférence de révision de Bruxelles dans le contexte des « réserves mineures » qui, à leur tour, ont été codifiées dans le test en trois étapes dans l'*Accord sur les ADPIC* et le *WCT*. Un lien similaire a été établi lors des négociations de l'*Accord sur les ADPIC*, mais comme il n'y a pas de preuve claire de la raison pour laquelle une définition du terme « public » n'a pas été incluse dans le texte final, cet argument est probablement moins convaincant. Il convient toutefois de noter que les éminents spécialistes Sam Ricketson et Jane Ginsburg établissent un lien avec l'importance économique de la distinction entre le privé et le public.⁸¹ Ces éléments soutiennent et confirment l'interprétation selon laquelle le test des trois étapes ne doit pas être considéré comme décisif, mais certainement au moins comme un guide dans la détermination de l'interprétation du terme.

Dans ce contexte, nous pouvons conclure que, en particulier, les deuxième et troisième conditions du test en trois étapes peuvent être utilisées au moins comme principes directeurs généraux pour déterminer la démarcation entre les interprétations et communications « publiques » et « privées ». À cet égard, il convient également de garder à l'esprit les diverses conclusions du Groupe

81. *Ricketson & Ginsburg*, 2022, p. 693.

spécial de l'OMC dans la décision *États-Unis — Section 110 (5) de la Loi américaine sur le droit d'auteur*, en tant qu'interprétations illustratives des dispositions. Certes, elles ne lient que les Parties, mais le raisonnement du Groupe spécial est strictement conforme aux principes de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, et il a été accepté par l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sans être porté devant la Commission d'appel de l'OMC.

L'examen sélectif des législations nationales a montré une tendance générale à exclure du terme « public » les petits cercles de personnes. Il existe toutefois d'importantes variations. Alors que, par exemple, la jurisprudence de la CJUE s'intéresse à la taille de l'audience potentielle, apparemment sans attacher d'importance aux liens personnels entre l'audience et l'organisateur de la communication, ou aux liens entre les membres de l'audience, certaines législations nationales mettent fortement l'accent sur ces liens. Dans sa définition générale des termes, la *Loi américaine sur le droit d'auteur* ne les prend pas non plus en considération, mais ils faisaient néanmoins partie de la définition de l'*Accord commercial anti-contrefaçon*, appartenant désormais à l'histoire, auquel les États-Unis étaient Parties.

La sélection de pays examinée au point 6. ci-dessus est illustrative, plutôt qu'exhaustive. En ce qui concerne la pratique ultérieure dans la législation nationale qui semble être généralement acceptée par les pays de l'Union de Berne, on peut prudemment conclure que si un certain nombre de pays maintiennent une ligne assez stricte, où les grands rassemblements de personnes qui ont des liens personnels avec les organisateurs, mais pas nécessairement

entre eux, tels que les grandes fêtes de mariage dans des locaux loués ou les funérailles, sont considérés comme publics, d'autres pays les considèrent comme privés en raison des liens avec les personnes organisatrices et de la possible invitation personnelle et individuelle de chacun des membres de l'auditoire. Si de tels liens peuvent être démontrés, il semble moins important que la taille du public atteigne une certaine importance. Dans d'autres cas, une attention plus stricte au nombre de personnes réelles et potentielles touchées semble dominer sur leurs éventuels liens interpersonnels ou avec l'organisateur. Dans certains pays encore, des groupes relativement importants de personnes ont été considérés comme privés, sans que cela ne suscite de plaintes de la part de pays ayant une interprétation plus restrictive. Certaines législations nationales ont même accepté d'étendre la sphère privée à des domaines à but non lucratif ou financés par des fonds publics, sans même discuter des répercussions économiques potentielles pour les titulaires de droits. Il existe également un exemple où l'accès au public a d'abord été ouvert à tous, ou du moins à une partie largement circonscrite de la population, mais où des liens personnels ont ensuite été établis, qui ont servi de base aux tribunaux pour déclarer l'utilisation d'œuvres privées. On peut toutefois se demander si la connaissance de ces cas a été suffisamment répandue pour constituer une pratique ultérieure établissant l'accord des Parties quant à l'interprétation des traités.⁸²

Une autre interrogation concerne l'évaluation de la signification économique d'une distinction donnée entre les cercles public et privé. Le plus souvent, les droits de représentation publique et de communication

82. *CVDT*, article 31 (3) (b).

au public sont gérés par des organismes de gestion collective. Il est donc possible de trouver des indications dans la pratique de ces organismes en matière d'octroi de licences. C'est également ce qui a été fait dans la décision de l'OMC susmentionnée, où le Groupe spécial a noté qu'il n'avait pas été saisi de preuves suggérant que les titulaires de droits auraient accordé des licences ou tenté d'accorder des licences pour la communication publique d'émissions comprenant des interprétations dramatiques d'œuvres musicales « dramatiques ». ⁸³ À cet égard, il convient toutefois de ne pas se limiter à l'octroi de licences à un moment donné. Il convient également de tenir compte des zones dans lesquelles aucune autorisation n'est actuellement délivrée si, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, elles pourraient acquérir une importance économique ou pratique considérable.⁸⁴

Ce que l'on peut retenir de cette étude de l'interprétation du terme « public » en droit international, est que l'adoption d'une approche holistique conformément aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* peut apporter des informations précieuses concernant la compréhension des termes et les paramètres permettant de les mesurer, des informations qui vont au-delà de ce qui résulterait d'une analyse des seules *Conventions de Berne et de Rome*.

Elle permet également de jeter un regard critique sur l'utilisation traditionnelle en droit national de facteurs tels que la taille réelle ou potentielle

83. *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, p. 79.

84. *États-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le droit d'auteur*, WT/DS160/R, 15 juin 2000, p. 54 et s.

du public et les liens personnels entre les membres du public et entre les membres du public et l'organisateur. Fondamentalement, ces facteurs doivent être considérés comme des substituts conceptuels à ce qui est réellement le facteur décisif essentiel : l'impact économique sur les intérêts des titulaires de droits. Il existe cependant toujours un risque que ces concepts commencent à développer une existence et une signification propres dans la législation et la jurisprudence nationales, détachées des règles du droit international. En axant l'interprétation de la notion de « public » sur ses conséquences économiques pour les titulaires de droits, elle est mieux à même de se développer organiquement au fil du temps, où non seulement le développement technologique, mais aussi la propagation et la professionnalisation de la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, présentent un environnement économique, social et culturel complètement différent de ce qui était le cas lorsque lesdits éléments de substitution, ou d'ailleurs les *Conventions de Berne et de Rome*, ont été conçus.

(traduction française par Marie-Céline PALLAS)

L'APPROCHE BELGE DE LA RÉMUNÉRATION DIRECTE DES AUTEURS ET DES ARTISTES DANS LES CAS DE TRANSMISSIONS PAR PLATEFORMES NUMÉRIQUES



FRANK GOTZEN

[Professeur émérite de l'Université de Louvain \(KU Leuven\),](#)

Président de l'ALAI

1. UNE SURPRENANTE TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE 2019/790 EN BELGIQUE?

En Belgique les avant-projets de transposition de la directive 2019/790 du 17 avril 2019¹ ont pendant longtemps semblé se cantonner dans une reprise plus ou moins fidèle du texte européen. La Belgique semblait vouloir s'inscrire ainsi dans le courant prédominant suivi par la plupart des autres législateurs

1. Directive (UE) 2019/790 du Parlement Européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, J.O. L 130/92 du 17.5.2019.

dans l'Union européenne qui, par souci de précaution, se gardaient bien de s'éloigner trop du texte littéral de la directive. La raison en est, d'une part, la volonté de prévenir toute condamnation pour transposition erronée ou déficiente, d'autre part, une réticence à vouloir éclaircir de façon unilatérale des dispositions européennes souvent compliquées ou non bien définies.

Cependant, au moment de la présentation par le gouvernement, le 5 avril 2022, du texte du projet de transposition à la Chambre des Représentants de Belgique², une surprise de taille attendait l'observateur³. Si, en général, le texte présenté correspondait bien aux textes des avant-projets discutés avec les milieux concernés⁴, une exception notable se retrouvait dans un article 54 du projet, introduisant dans la loi belge sur le droit d'auteur un article XI. 228/4 nouveau. Celui-ci visait à introduire un droit à rémunération incessible pour les auteurs et les artistes vis-à-vis des grandes plateformes de partage de contenus en ligne, destiné à compenser le téléversement de leurs œuvres ou prestations par les utilisateurs.

Ce droit pourrait s'exercer directement envers les plateformes concernées, nonobstant une cession éventuelle du droit de communication au public

2. Chambre des Représentants de Belgique, 5 avril 2022, DOC 55 2608/001, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608001.pdf>.

3. Ainsi H. Vanhees, « Twee nieuwe vergoedingsrechten voor auteurs en uitvoerende kunstenaars », IRDI 2022, p. 397.

4. Ces discussions se sont notamment déroulées lors des réunions du Conseil de la Propriété intellectuelle. Cet organe consultatif est constitué d'experts et de représentants des milieux intéressés par la propriété intellectuelle. Il a essentiellement pour mission de remettre au ministre qui a la propriété intellectuelle dans ses attributions des avis sur toute question relative à la propriété intellectuelle, <https://economie.fgov.be/fr/themes/propriete-intellectuelle/institutions-et-acteurs/conseil-de-la-propriete#:text=Le%20Conseil%20de%20la%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20intellectuelle%20se%20compose%20de%20deux,auteur%20et%20de%20droits%20voisins>.

par l'auteur ou l'artiste à son éditeur ou producteur. Le texte, qui se voulait impératif, proclamait en effet le caractère incessible de ce droit qui, de plus, ne pouvait pas faire l'objet d'une renonciation de la part des auteurs ou artistes-interprètes ou exécutants. Sa gestion ne pourrait toutefois pas être exercée de manière individuelle. Il nécessitait l'intervention d'une société ou d'un organisme de gestion collective représentant soit les auteurs, soit les artistes-interprètes ou exécutants.

Le caractère nouveau de ce texte a incité la Commission de l'Économie du Parlement belge, chargée d'examiner le projet de loi, à solliciter d'urgence un avis écrit complémentaire des parties prenantes. Les positions divergentes des milieux concernés en résultant ont trouvé leur reflet dans les discussions parlementaires ultérieures⁵.

Lors de ces discussions, ceux des parlementaires qui s'opposaient à ce texte, ont fait part de leur crainte de voir bouleversés les délicats équilibres contractuels entre les auteurs et artistes d'une part et les éditeurs et producteurs d'autre part, risquant de mettre en péril les rémunérations existantes convenues. Ils soulignaient que les artistes tenaient leur part de rémunération pour toute communication au public du fait du contrat de cession à l'éditeur ou au producteur. Toute discussion sur le caractère approprié ou proportionnel de cette rémunération devrait dès lors se dérouler dans ce cadre contractuel. Instaurer un nouveau droit direct à rémunération des auteurs et des artistes

5. Chambre des Représentants de Belgique, Rapport de la première lecture du 13 mai 2022, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>; Chambre des Représentants de Belgique, Compte Rendu intégral de la Séance Plénière du 16 juin 2022, <https://www.lachambre.be/doc/PCRI/pdf/55/ip186.pdf>.

à côté des droits déjà existants des éditeurs et des producteurs mènerait les plateformes à moins bien payer l'ensemble de la profession.

Outre cet argument de fait, les adversaires du droit de rémunération directe tiraient un argument de droit découlant de lettres informelles du 6 octobre et du 20 décembre 2021 des services de la Commission Européenne répondant aux questions posées à ce sujet par le ministre belge de l'Économie, responsable du dossier. Dans ces lettres, qui ne portaient pas le caractère d'une prise de position officielle de la Commission, celle-ci exprimait un avis provisoire négatif. Selon les services de la Commission, l'inclusion d'un nouveau droit à rémunération comme prévu à l'article 54 du projet ne cadre pas dans le régime clos prévu par l'article 17 de la directive. Un pareil droit s'ajouterait en effet à l'obligation des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne d'obtenir une autorisation des titulaires de droits en vertu de l'article 17 (1) et (2), obligeant ainsi ces fournisseurs à payer une deuxième fois pour le même contenu. L'article 17 contenant selon la Commission un régime spécial qui harmonise de manière complète les relations entre les fournisseurs et les titulaires de droits, il n'y aurait plus de place pour y insérer un droit à rémunération qui n'y est pas mentionné.

Face à ces objections, le gouvernement et la majorité des parlementaires soutenant ce texte ont surtout tiré argument du principe général formulé à l'article 18 de la directive obligeant les États membres à assurer une juste rémunération des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants en cas de licence ou de transfert de leurs droits exclusifs. Ils ont pris soin de souligner que, pour ce faire, le deuxième paragraphe de l'article 18 laisse aux États

membres la liberté de recourir à « différents mécanismes ». Ils ont en outre fait référence à des précédents législatifs allemands et espagnols, de même qu'à une prise de position du Parlement Européen à cet égard.

Finalement l'article 54 du projet a pu franchir le cap des discussions parlementaires, résultant en l'insertion, par la loi du 19 juin 2022 de transposition de la directive⁶, d'un nouvel article XI.228/4 dans la législation belge sur le droit d'auteur et droits voisins⁷, rédigé comme suit :

« § 1^{er}. Lorsqu'un auteur ou un artiste-interprète ou exécutant a cédé son droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public par un prestataire de services de partage de contenus en ligne, tel que visé à l'article XI.228/3, § 1^{er}⁸, il conserve le droit d'obtenir une rémunération au titre de la communication au public par un prestataire de services de partage de contenus en ligne.

§ 2. Le droit à rémunération visé au paragraphe 1^{er}, est incessible et ne peut pas faire l'objet d'une renonciation de la part des auteurs ou artistes-interprètes ou exécutants.

6. Moniteur Belge du 1er août 2022.

7. Cette législation se trouve actuellement intégrée en Belgique dans le cadre plus large du Code de droit économique introduit par la loi du 28 février 2013, dont elle forme le Titre 5 d'un Livre XI, intitulé « Propriété intellectuelle et secrets d'affaires ».

8. Cet article réalise en droit belge la transposition de l'article 17, paragraphes 1 à 3 de la directive 2019/790.

§ 3. La gestion du droit à rémunération des auteurs visé au paragraphe 1^{er}, ne peut être exercée que par des sociétés de gestion et/ou des organismes de gestion collective représentant les auteurs.

La gestion du droit à rémunération des artistes-interprètes ou exécutants visé au paragraphe 1^{er}, ne peut être exercée que par des sociétés de gestion et/ou des organismes de gestion collective représentant des artistes-interprètes ou exécutants.

§ 4. Les dispositions des paragraphes 1^{er} à 3 sont impératives. »

Si donc l'observateur pouvait déjà, au vu de cet article, prendre acte d'une volonté créative certaine de la part du législateur belge dans la transposition des textes européens, il n'en était toutefois pas encore au bout de toutes ses surprises. On avait déjà pu remarquer que, à l'occasion de la présentation de son projet en première lecture devant la Commission de l'Économie du Parlement, le ministre avait exprimé son sentiment « à titre personnel » qu'il serait préférable d'aller plus loin et d'étendre « cette transposition volontariste de la directive » en introduisant également un droit à rémunération incessible pour les auteurs et les artistes en cas d'utilisation de leurs prestations par des plateformes payantes comme Spotify ou Netflix⁹. Si, à ce moment, pareille extension ne semblait pas encore réalisable, il en est devenu autrement dans le cours ultérieur des débats.

9. Chambre des Représentants de Belgique, Rapport de la première lecture du 13 mai 2022, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>, p. 32.

Saisissant la balle au bond, le Ministre a profité de la présentation, en fin du parcours parlementaire, d'un nouvel amendement¹⁰ par un groupe de parlementaires pour soutenir¹¹ l'extension du mécanisme d'une rémunération directe des auteurs et des artistes, à des cas de streaming. Malgré des objections similaires émanant des mêmes parlementaires qui s'étaient déjà opposés à la rémunération directe dans le cas de partage de contenus en ligne, la solution parallèle pour le streaming a finalement reçu une approbation parlementaire qui a résulté en l'insertion, par les articles 60 à 62 de la loi de transposition de la directive, de deux nouveaux articles XI.228/10 et XI.228/11 dans le Code de droit économique (CDE) qui sont rédigés de la façon suivante :

« Art. XI.228/10. Le présent chapitre s'applique aux prestataires de services de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est l'offre à des fins lucratives d'une quantité importante d'œuvres sonores et/ou audiovisuelles protégées par le droit d'auteur ou les droits voisins, et où :

1° les utilisateurs ont, contre une rémunération récurrente en argent ou sans une telle rémunération, le droit d'accès aux œuvres sonores et/ou audiovisuelles offertes;

2° les utilisateurs ne peuvent acquérir une reproduction permanente de l'œuvre consultée;

10. Chambre des Représentants de Belgique, Amendements du 23 mai 2022, DOC 55 2608/005, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608005.pdf>.

11. Chambre des Représentants de Belgique, Rapport de la deuxième lecture du 3 juin 2022, DOC 55 2608/006, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608006.pdf>, p. 11.

3° les utilisateurs ont accès aux œuvres sonores et/ou audiovisuelles offertes de l'endroit et au moment qu'ils choisissent individuellement ; et

4° le prestataire de service a la responsabilité éditoriale pour l'offre et l'organisation de ce service, y compris l'organisation, le classement et la promotion des œuvres sonores et/ou audiovisuelles. ».

« Art. XI.228/11. § 1^{er}. Lorsqu'un auteur ou un artiste-interprète ou exécutant d'une œuvre sonore ou audiovisuelle a cédé son droit d'autoriser ou d'interdire la communication au public, en ce compris la mise à la disposition du public, par un prestataire de services de la société de l'information visé à l'article XI.228/10, à un producteur, il conserve le droit d'obtenir une rémunération au titre de la communication au public par un prestataire de services de la société de l'information, visé à l'article XI.228/10.

§ 2. Le droit à rémunération visé au paragraphe 1^{er}, est incessible et ne peut pas faire l'objet d'une renonciation de la part des auteurs ou artistes-interprètes ou exécutants.

§ 3. En l'absence de convention collective applicable, telle que définie à l'article XI.167/5, la gestion du droit à rémunération des auteurs d'une œuvre sonore ou audiovisuelle visé au paragraphe 1^{er}, ne peut être exercée que par des sociétés de gestion et/ou des organismes de gestion collective représentant les auteurs.

En l'absence de convention collective applicable, telle que définie à l'article XI.205/5, la gestion du droit à rémunération des artistes-interprètes

ou exécutants d'une œuvre sonore ou audiovisuelle visé au paragraphe 1^{er}, ne peut être exercée que par des sociétés de gestion et/ou des organismes de gestion collective représentant des artistes-interprètes ou exécutants.

§ 4. Les dispositions des paragraphes 1^{er} à 3 sont impératives ».

Ainsi fut réalisée en Belgique une réglementation d'ensemble de la rémunération directe englobant tant les plateformes opérant par streaming que celles offrant des services de partage de contenus. Il est vrai que, dans le domaine musical, la question d'un droit à une rémunération directe se pose sans doute de manière moins urgente pour les auteurs, puisqu'ils auront déjà mandaté leurs sociétés pour gérer leur droit exclusif et pourront donc, par leur intermédiaire, invoquer tout de suite celui-ci, sans devoir également tirer argument d'un nouveau droit à rémunération¹². Mais, toujours dans ce domaine musical, le problème risque de quand même se présenter souvent pour les artistes interprètes ou exécutants musicaux qui, eux, auront souvent cédé des droits exclusifs aux producteurs. Dans le domaine audiovisuel, le problème est plus général puisque, en Belgique, tant l'article XI.182 CDE, pour les auteurs non musicaux, que l'article XI.206 CDE, pour les artistes interprètes, instaurent une présomption de cession des droits au profit des producteurs, ce qui porte comme conséquence que ces auteurs et artistes auront un net avantage à pouvoir s'appuyer sur un droit incessible à rémunération directe¹³.

12. R. Xalabarder, « The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive », InDret 4.2020, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1591.pdf>, p. 4-5.

13. Comp. R. Xalabarder, op.cit., p. 17.

2. LA SURPRISE N'EST PAS DE MISE

On peut comprendre la surprise de certains face à ces textes belges assez peu attendus dans un contexte européen marqué par un climat passif tendant vers une reprise littérale des textes de la directive. À la réflexion la solution belge ne paraît cependant pas tellement inattendue si l'on se rend compte qu'elle se situe dans le prolongement direct de plusieurs précédents, tant en droit belge qu'en droit comparé.

a. Précédents en droit belge

Les nouveaux textes opèrent une sorte de démembrement du droit exclusif des auteurs et des artistes. Ils y distinguent d'une part, le pouvoir d'interdiction, susceptible d'être contractuellement cédé à un éditeur ou producteur et, d'autre part, le droit incessible à réclamer une juste rémunération auprès des exploitants.

Ce mécanisme n'était nullement inconnu en droit belge. En réalité, il existait et fonctionnait déjà dans les cas du droit de location¹⁴, de la transmission par câble¹⁵ et de l'injection directe¹⁶.

Dans tous ces précédents le droit d'interdiction contractuellement cédé aux éditeurs ou producteurs était déjà dissocié du droit subsistant des

14. Art. XI. 194 CDE pour les auteurs et art. XI.211 CDE pour les artistes interprètes ou exécutants.

15. Art. XI. 225 CDE.

16. Art. XI. 227/1 CDE.

auteurs et artistes à réclamer directement une juste rémunération, moyennant intervention, pour le câble et pour l'injection directe, d'une organisation collective qui les représente.

b. Précédents en droit comparé

Malgré son caractère apparemment novateur, la solution belge est moins révolutionnaire qu'elle n'y paraît. Si l'on scrute le paysage législatif de nos voisins en Europe, nous y trouvons plusieurs exemples de législations comparables.

Dès avant la parution de la directive européenne, on avait pu remarquer qu'en *Italie*, dans le domaine du film et de l'audiovisuel, le principe d'un démembrement du droit exclusif avait déjà été introduit dans les années 90 du siècle passé. La loi italienne sur le droit d'auteur y avait été adaptée par l'ajout d'un article 46bis pour les auteurs et par l'amendement de l'article 84 pour les artistes interprètes ou exécutants¹⁷. Ces dispositions distinguaient déjà le droit d'interdiction contractuellement cédé aux producteurs des droits de rémunération des auteurs et des artistes ne pouvant faire l'objet d'une renonciation¹⁸.

17. Legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore e sugli altri diritti connessi al suo esercizio. Ces articles ont été légèrement modifiés par le Decreto Legislativo du 8 novembre 2021, n. 177. V. Leonardo Serra, Copyright e diritti nel mercato digitale : attuata la Direttiva UE. Equa remunerazione per autori ed editori di giornali, uso di piattaforme di condivisione on-line, opere fuori commercio e modifiche al diritto d'autore (D. lgs. n. 177/2021), <https://www.altalex.com/documents/news/2021/12/14/copyright-e-diritti-nel-mercato-digitale-attuata-la-direttiva-ue>.

18. L.C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 4^eEd., 2007, p. 1626-1627 et 1764-1766; S. Ercolani, « Do the right thing! Authors' contracts in the 2019 copyright directive » in : *Festschrift til Jorgen Blomqvist*, ExTuto Publishing, Copenhagen, 2021, p. 141.

De même, une solution comparable à celle de la Belgique avait déjà été formulée dans le droit *espagnol*, dès avant la nouvelle directive européenne, par une loi du 7 juillet 2006¹⁹. Celle-ci avait modifié la loi espagnole sur la propriété intellectuelle pour y introduire, à l'article 90 pour les auteurs d'œuvres audiovisuelles²⁰, et à l'article 108 pour les artistes interprètes ou exécutants²¹, un droit incessible à rémunération directe devant être exercé par une société de gestion.

19. Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE-A-2006-12308.

20. Les paragraphes 4, 6 et 7 de l'article 90 disent ce qui suit :

« 4. La projection ou l'exposition sans exiger de droit d'entrée, *la transmission au public* par tout moyen ou procédé, avec ou sans fil, y compris, entre autres, *la mise à disposition* selon les modalités établies à l'article 20.2.i) d'une œuvre audiovisuelle, donnera droit aux auteurs de recevoir la rémunération appropriée, conformément aux taux généraux établis par l'entité de gestion correspondante.

6. Les droits établis dans les paragraphes 3 et 4 du présent article seront inaliénables et incessibles par des actes « entre vifs » et ne s'appliqueront pas aux auteurs d'œuvres audiovisuelles à caractère publicitaire.

7. Les droits visés aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article seront mis en oeuvre par l'intermédiaire des entités qui gèrent les droits de propriété intellectuelle »

Voir à ce propos N. Pérez de Castro, « Artículo 90 » in : R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4° Ed., 2017, p. 1317-1318 et 1325.

21. Les paragraphes 3 et 6 de cet article 108 disent ce qui suit :

« 3. L'artiste interprète ou exécutant qui a transféré ou cédé à un producteur de phonogrammes ou d'enregistrements audiovisuels son *droit de mise à la disposition* du public visé au paragraphe 1.b), à l'égard d'un phonogramme ou d'un original ou d'une copie d'un enregistrement audiovisuel, conservera le droit inaliénable d'obtenir une rémunération équitable de la part de celui qui effectue une telle mise à la disposition.

6. Le droit à la rémunération visé aux paragraphes 3, 4 et 5 sera mis en œuvre par l'intermédiaire des entités de gestion des droits de propriété intellectuelle. La mise en œuvre des droits à travers les entités de gestion respectives comprendra la négociation avec les utilisateurs, la détermination, la collecte et la distribution de la rémunération correspondante, ainsi que toute autre action nécessaire pour en assurer l'effectivité ».

Voir à ce propos R. Sánchez Aristi, « Artículo 108 » in : R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4° Ed., 2017, p. 1597-1601 ; P. López « The making available right for performers in Spain : a case of a statutory remuneration right managed by performers'collecting societies » in : S. von Lewinski (ed.), *Remuneration for the use of works. Exclusivity vs. other approaches*, de Gruyter, Berlin, 2017, p. 234.

Plus récemment un précédent direct pour la solution belge nous a été livré par la législation *allemande*. Les travaux préparatoires démontrent que le législateur belge s'y est expressément référé²². Il s'agit ici de l'article 4, paragraphes 3 et 4 d'une loi spéciale allemande du 31 mai 2021 sur la responsabilité en droit d'auteur des fournisseurs de services pour le partage de contenus en ligne²³. Dans ses paragraphes 3 et 4 cet article dit ce qui suit :

(3) Si l'auteur a accordé à un tiers le droit de communication au public d'une œuvre, le prestataire de services doit néanmoins verser à l'auteur une rémunération appropriée pour la communication au public autorisée par le contrat. La phrase 1 ne s'applique pas si le tiers est une société de gestion collective ou si l'auteur engage le tiers en tant que distributeur numérique.

(4) L'auteur ne peut pas renoncer au droit à la rémunération directe en vertu du paragraphe (3) et peut uniquement le céder à l'avance à une société de gestion collective. Le droit ne peut être revendiqué que par une société de gestion collective.

Ce droit à une rémunération directe est en outre étendu aux artistes interprètes ou exécutants par l'article 21, paragraphe 2 de la même loi.

22. Chambre des Représentants de Belgique, Rapport de la première lecture, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>, p. 6 et 32.

23. Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz-UrhDaG), BGBl. I S.1204. Voir S. von Lewinski, „The implementation of the Digital Single Market Directive of 2019 in Germany », *RIDA* janvier 2022, N° 271, p. 86-87; M. Leistner, « The Implementation of Art.17 DSM Directive in Germany – A Primer with some Comparative Remarks ». *GRUR Int.* 2022, p. 913-914.

Dans une liste de questions et réponses le Ministère fédéral allemand de la Justice nous explique que « ce nouveau droit à rémunération directe des créateurs prévu par l'article 4, paragraphes 3 et 4 de la UrhDaG vis-à-vis des plateformes pour des contenus autorisés garantit que, au moins une partie des paiements des plateformes va réellement atteindre ces créateurs »²⁴.

3. LA SITUATION DU DROIT À UNE RÉMUNÉRATION DIRECTE DANS LE SYSTÈME DE LA DIRECTIVE 2019/790

La solution pour le **streaming**, intervenue en dernière minute dans la procédure parlementaire belge, est celle qui semble se justifier le plus facilement au regard de la directive européenne, car elle ne nécessite que la seule référence directe à l'article 18 de la directive européenne.

Dans les cas de streaming la plateforme se présente en effet comme l'exploitant direct du contenu protégé. Si le droit exclusif est exercé par l'auteur ou l'artiste lui-même, il aura dès lors le droit de s'attendre à une législation nationale qui lui garantisse une juste rémunération au titre de l'article 18.

Si un artiste de renom et bien établi pourrait agir seul pour exiger des paiements appropriés, bien d'autres ne se sentiront pas en position de gérer leurs droits eux-mêmes. Souvent, ils confieront dès lors la gestion de leurs droits exclusifs à des éditeurs ou des producteurs dans un contrat préalable

24. FAQ zum Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Réponse à la question 8 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&v=5

à l'exploitation. En cas de transmissions de leurs œuvres ou prestations en ligne l'interlocuteur immédiat de la plateforme sera dans ce cas l'éditeur ou le producteur et non pas l'artiste. Pour une juste rémunération de ce dernier il aura donc fallu que ce dernier ait pu stipuler, dès la rédaction du contrat d'édition ou de production initial, une juste rémunération incluant le streaming, ce qui n'est pas toujours le cas.

C'est la raison pour laquelle le législateur peut décider d'instaurer un droit à rémunération propre des auteurs et des artistes, à exercer directement vis-à-vis de l'exploitant qui subsistera après un éventuel transfert contractuel de leurs droits à un éditeur ou producteur. Afin d'établir une position de négociation performante face aux plateformes le législateur fait bien de compléter ce droit par un devoir de passer par une société de gestion qui groupera les forces²⁵.

La solution pour les plateformes de partage peut paraître plus compliquée à intégrer dans le cadre de la directive. Le raisonnement nécessite en effet une combinaison de deux de ses articles. Dans cette situation il s'agit en effet de nuancer certains effets de son article 17 par un recours complémentaire à son article 18.

En cas de partage de contenus en ligne la situation de départ est différente de celle découlant du streaming. Ici ce n'est pas l'intermédiaire lui-même qui, le premier, procède à une exploitation directe. C'est d'abord l'utilisateur

25. A. Kur-J. Schovsbo, « Expropriation or fair game for all? The gradual dismantling of the IP exclusivity paradigm in : A. Kur-M. Levin, *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 426-427.

injectant du contenu protégé dans le système de transmission qui l'exploite. Ce sera donc lui le premier responsable²⁶. L'on sait cependant combien il est difficile et souvent inefficace de s'adresser à une multitude d'utilisateurs de partout dans le monde. De là l'intérêt pour les auteurs et artistes de pouvoir également s'adresser aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, moins nombreux et plus facilement identifiables.

En vérité on constate ainsi que la plateforme ne se trouve impliquée qu'en deuxième ordre. C'est en mettant à la disposition du public le contenu téléversé par ses utilisateurs, qu'elle peut développer une activité, qui sous certaines conditions, sera susceptible d'engager sa propre responsabilité. Ces conditions ont été définies pour les prestataires intermédiaires en général par la Cour de Justice dans son arrêt YouTube, et pour le cas particulier des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (OCSSP), par le législateur de l'Union dans l'article 17 de sa directive 2019/790.

26. En cas de transmission en ligne celui qui, à la source, sans autorisation et en dehors des limites d'une exception, télécharge et met à la disposition du public une œuvre protégée par le droit d'auteur, est une personne qui porte directement atteinte à un droit d'auteur exclusif et peut donc être tenu principalement responsable (CJUE 8 septembre 2016, GS Media/Sanoma, C-160/15, point 35; CJUE 26 avril 2017, Brein/Wullems, C-527/15, point 31; CJUE 14 juin 2017, Brein/Ziggo, C-610/15, point 26; CJUE 17 juin 2021, C-597/19, Mircom/Telenet, point 59; CJUE 22 juin 2021, YouTube et Cyando, C-682/18 et C-683/18, point 75).

Comp. le considérant 27 du règlement 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques (DSA), J.O. L 277/1 du 27.10.2022: « il est important de rappeler que, malgré le rôle généralement important joué par les fournisseurs de services intermédiaires le problème des contenus illicites et activités illégales en ligne ne devrait pas être traité sous le seul angle de leurs responsabilités... Les destinataires du service devraient être tenus responsables des contenus illicites qu'ils fournissent et qu'ils peuvent diffuser au public par des services intermédiaires, lorsque les règles applicables du droit de l'Union et du droit national déterminant cette responsabilité le prévoient ».

De quelle responsabilité peut-il s'agir? Peut-on considérer que la plateforme de partage effectue elle-même un acte de communication au public qui s'ajoute à celui effectué par l'utilisateur? En d'autres mots cette responsabilité pourrait-elle être primaire, nécessitant une autorisation préalable des titulaires de droit?

En principe ce ne sera, selon l'arrêt You Tube, pas le cas. La Cour a en effet déclaré que le fournisseur n'effectue pas un acte de communication au public, à moins qu'il ne *contribue*, au-delà de la simple mise à disposition de sa plateforme, à donner au public accès à du contenu violant le droit d'auteur. Selon la Cour c'est dans trois situations que cette contribution peut apparaître :

« Tel est notamment le cas lorsque cet exploitant a concrètement connaissance de la mise à disposition illicite d'un contenu protégé sur sa plateforme et s'abstient de l'effacer ou d'en bloquer l'accès promptement, ou lorsque ledit exploitant, alors même qu'il sait ou *devrait savoir* que, d'une manière générale, des contenus protégés sont illégalement mis à la disposition du public par l'intermédiaire de sa plateforme par des utilisateurs de celle-ci, s'abstient de mettre en œuvre les *mesures techniques appropriées* qu'il est permis d'attendre d'un opérateur normalement diligent dans sa situation pour contrer de manière crédible et efficace des violations du droit d'auteur sur cette plateforme, ou encore lorsqu'il participe à la sélection de contenus protégés communiqués illégalement au public, fournit sur sa plateforme des outils destinés spécifiquement au partage illicite de tels contenus ou promeut sciemment de tels partages,

ce dont est susceptible de témoigner la circonstance que l'exploitant a adopté un modèle économique incitant les utilisateurs de sa plateforme à procéder illégalement à la communication au public de contenus protégés sur celle-ci »²⁷.

On peut donc déduire de cet arrêt que, lorsqu'une de ces trois situations se produit, la responsabilité directe de l'exploitant pourra être établie nécessitant pour lui une autorisation des titulaires de droits²⁸.

En revanche, dans la situation spécifique où la plateforme répond à la définition d'un OCSSP selon la directive 2019/790, la situation est inverse. Ici le principe est celui de la responsabilité directe, affirmée au paragraphe 1 de l'article 17. Puisque, en vertu de ce texte un fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public lorsqu'il donne accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, il devra « dès lors » obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés.

C'est pour ce cas où un OCSSP se trouve ainsi soumis au droit exclusif des auteurs et des artistes que le législateur belge est intervenu pour scinder son exercice en cas de cession du droit. Dans ce droit exclusif il distingue le

27. CJUE 22 juin 2021, YouTube et Cyando, C-682/18 et C-683/18, point 102.

28. Voir en Allemagne les arrêts de la cour Fédérale BGH 2 juin 2022, I ZR 140/15 (YouTube II) et BGH 2 juin 2022, I ZR 135/18 (Uploaded III).

pouvoir d'interdiction, éventuellement transféré aux éditeurs ou producteurs, du droit à rémunération. Ainsi, en cas de cession du droit, l'éditeur ou le producteur aura la faculté de permettre²⁹ ou non une transmission en ligne. Mais l'auteur ou l'artiste conservera cet autre aspect du droit qui est celui de la rémunération. Celui-ci lui permettra, par l'intermédiaire de sa société de gestion, de réclamer une juste rémunération directement auprès des plateformes en ligne.

Pour les pays ayant adopté ce système, une question supplémentaire risque de se poser dans l'application de l'article 17.

Que faire si aucune autorisation n'a été accordée par les titulaires de droits sur base du chiffre premier de l'article 17? Dans ce cas la plateforme reste soumise à des devoirs de fourniture de « meilleurs efforts » et d'une « action prompte » au sens du paragraphe 4. Si la plateforme manque à ses devoirs, il en découlera une responsabilité secondaire vis-à-vis des titulaires de droits.

La question peut alors se poser de savoir si cette responsabilité secondaire ne s'établit que vis-à-vis des titulaires exerçant le droit exclusif ou si elle peut naître également à l'égard des titulaires du droit de rémunération direct, démembré du droit exclusif?

29. Si la licence est accordée, elle libérera du même coup les utilisateurs de leur propre responsabilité, du moins lorsqu'ils n'agissent pas à titre commercial et sans générer des revenus significatifs (article 17, paragraphe 2).

La responsabilité secondaire des plateformes pourrait-elle alors également être invoquée par les sociétés de gestion collective représentant les auteurs ou les artistes-interprètes ou exécutants pour leur droit à rémunération direct? La question est ouverte.

4. LE RÔLE PRÉPONDÉRANT D'UNE BONNE INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 18

Pour bien **évaluer** le système de rémunération des auteurs et des artistes, il apparaît que l'article 18 de la directive 2019/790 va jouer un rôle essentiel. C'est ce que les travaux préparatoires des textes en question soulignent, tant en Belgique, qu'en Allemagne.

En Belgique c'est à cet article 18 que s'est référé le Ministre responsable du projet³⁰ pour présenter la solution de la rémunération directe.

On a pu remarquer qu'en Allemagne également l'Exposé des motifs du projet ayant mené à la solution comparable nous explique que celui-ci utilise la marge de manœuvre disponible en vertu de l'article 18, paragraphe 2, de la directive³¹.

30. Chambre des Représentants de Belgique, Rapport de la première lecture, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>, p. 31; Chambre des Représentants de Belgique, Compte Rendu intégral de la Séance Plénière du 16 juin 2022, <https://www.lachambre.be/doc/PCRI/pdf/55/ip186.pdf>, p. 36-37.

31. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/27426, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Begründung, p. 45 et 65.
Ainsi aussi S. von Lewinski, „The implementation of the Digital Single Market Directive of 2019 in Germany », [RIDA](#) janvier 2022, N° 271, p. 86.

L'interprétation des termes de l'article 18 va donc jouer un rôle majeur. Son premier paragraphe débute par un texte court et général. Il oblige les États membres de veiller « à ce que, lorsque les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants octroient sous licence ou transfèrent leurs droits exclusifs pour l'exploitation de leurs œuvres ou autres objets protégés, ils aient le droit de percevoir une rémunération appropriée et proportionnelle ».

À sa première lecture ce texte peut laisser l'impression d'un texte assez vague. Néanmoins, en le regardant de plus près, l'on remarque que sa formulation revête un caractère impératif pour les États (« shall »)³². En revanche, pour les parties chargées de l'appliquer ensuite, la directive, en vertu de son article 23, s'abstient d'interdire les dispositions contractuelles contraires à l'article 18. Rien n'empêche cependant les États d'aller plus loin et, faisant comme en Belgique, de rendre également le texte impératif pour les contractants³³.

En relisant cette première phrase apparemment si simple on se rend également compte qu'elle recèle en fait une règle qui est double. Le début de la phrase instaure d'abord un devoir de rémunération pesant sur le cocontractant de l'auteur ou de l'artiste qui reçoit une licence ou un transfert de droits exclusifs. Il obligera donc les États à veiller à ce que les éditeurs et producteurs, de façon générale, rédigent des contrats contenant des

32. R. Xalabarder, « The remuneration of authors and performers », [RIDA](#) avril 2020, N° 264, p. 136 et 138

33. Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf, p. 12-13.

dispositions justes pour toute sorte d'exploitation. Mais la formulation de cette phrase prise dans son entièreté n'empêche pas de la comprendre en outre comme une mission imposée aux États d'aboutir à un système de juste rémunération pouvant, dans certaines situations, impliquer également des exploitants tiers³⁴. La rémunération directe auprès de tiers pourra ainsi servir à compenser certaines insuffisances contenues dans les contrats d'édition ou de production. C'est ce qui répond également au souhait exprimé à la fin du paragraphe 2 de l'article 18 que les États « tiennent compte du principe de la liberté contractuelle et d'un juste équilibre des droits et des intérêts ».

Une bonne compréhension de la disposition mérite en outre la prise en considération du contexte législatif dans lequel elle figure. L'article 18 est le premier texte d'un chapitre 3 intitulé « Juste rémunération des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants dans le cadre des contrats d'exploitation ». Ce titre nous indique que, pour que la rémunération soit vraiment appropriée et proportionnelle, il faudra que les États organisent un système national produisant un résultat « juste » pour les auteurs et les artistes³⁵. En outre, la règle de l'article 18 elle-même comporte son intitulé propre qui nous apprend que la rémunération appropriée et proportionnelle fait figure de « principe ».

Il devient clair dès lors que nous nous trouvons avec un pareil texte devant un nouvel exemple de ce que Adolf Dietz a un jour décrit comme

34. S. Dusollier, « The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market : some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition », *Common Market Law Review* 2020, n° 57, p. 1023.

35. P. Sirinelli – A. Bensamoun, « Apport au régime de droit commun des contrats de droit d'auteur par la transposition des articles 18 à 23 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 par l'ordonnance N° 2021-580 du 12 mai 2021 », *RIDA* octobre 2021, N° 270, p. 166-167.

une « disposition quasiment constitutionnelle » garantissant la raison d'être du droit d'auteur³⁶.

Au lieu d'une disposition vague, ce texte, à bien le regarder, prend donc l'allure d'une disposition programme, formulé de façon concise mais forte³⁷. Ce texte n'entend pas imposer une solution spécifique. De par son caractère général il sera susceptible de s'appliquer à un grand nombre de situations diverses. Il ne paraît dès lors pas si surprenant que plusieurs États de l'Union aient choisi de l'appliquer en choisissant un droit à rémunération directe en vue d'arriver au juste résultat désiré par cet article.

5. L'ÉVALUATION DU DROIT DE RÉMUNÉRATION DIRECTE EN DROIT EUROPÉEN GÉNÉRAL

L'instauration dans un certain nombre de pays européens de régimes qui visent à rémunérer directement les auteurs et les artistes interprètes est-elle compatible avec le système général du droit de l'Union ?

Que ces pays l'aient fait par la voie de cette technique bien spéciale qui est le démembrement d'un droit ne semble heurter aucun principe de droit européen si l'on voit que le paragraphe 2 de l'article 18 de la directive, aux fins

36. A. Dietz, « Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen », GRUR Int 2006, p. 1-9.

37. R. Xalabarder, « The remuneration of authors and performers », RIDA avril 2020, N° 264, p. 159 parle d'une disposition « with enormous potential ». Selon elle, cet article « should inspire, guide and even supplement the implementation in national laws of the remaining articles ». Dans le même sens S. Ercolani, « Do the right thing! Authors' contracts in the 2019 copyright directive » in : *Festschrift til Jørgen Blomqvist*, ExTuto Publishing, Copenhague, 2021, p. 145-146.

de la mise en œuvre en droit national du principe énoncé au paragraphe 1, déclare que les États membres « sont libres de recourir à différents mécanismes »³⁸.

Ceci est d'autant moins problématique que le mécanisme utilisé n'est pas inconnu du droit de l'Union. La technique du démembrement d'un droit, permettant de distinguer le pouvoir d'autoriser une exploitation de la faculté de réclamer une rémunération pour elle a déjà été utilisée auparavant par le législateur européen lui-même³⁹. Elle fait en effet partie de l'acquis communautaire depuis 1992 déjà. La première version d'une directive datant de cette année, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, après avoir affirmé dans son article 2 que le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt appartient notamment à l'auteur, en ce qui concerne l'original et les copies de son œuvre, ainsi qu'à l'artiste interprète ou exécutant, en ce qui concerne les fixations de son exécution, continue cependant par instaurer en son article 4 un droit à une rémunération équitable des auteurs et des artistes au titre de la location auquel il ne peut être renoncé et qui peut être soumis à une gestion collective⁴⁰. Ces dispositions ont par la suite été

38. Dans le même sens le considérant 73 de la Directive 2019/790.

39. R. Xalabarder, « The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive », InDret 4.2020, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1591.pdf>, p. 28-29; Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf, p. 16.

40. Directive 92/100 du 19 novembre 1992, J.O. L 346/61. Voir à ce propos J. Reinbothe — S. von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 65-76; in : S. von Lewinski, « A model that may indeed help » in : S. von Lewinski (ed.), *Remuneration for the use of works. Exclusivity vs. other approaches*, de Gruyter, Berlin, 2017, p. 255-258; M. Walter — S. von Lewinski, *European Copyright*

littéralement transposées dans une nouvelle version codifiée du 12 décembre 2006 avec ses articles 3 et 5⁴¹.

Au vu de ce précédent, l'on ne saurait donc dire que la technique du démembrement serait incompatible avec le droit européen⁴².

Replaçant notre problématique dans une perspective encore plus générale, il importe de relever également que le texte du droit de l'Union qui nous sert de pierre de touche ici revête la forme d'une directive. On sait que, de par sa nature, la directive offre une part de souplesse aux États⁴³. À la différence du règlement, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre, la directive, selon l'article 288 TFUE, « lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

Cette souplesse concerne bien sûr en premier lieu une certaine liberté laissée aux autorités nationales de choisir la forme la plus adéquate du texte qu'il s'agit de transposer en droit national : loi nationale, arrêté exécutif, mesure administrative...

Law, Oxford University Press, 2010, 6.4.1 et suiv., p. 290 et suiv. ; S. Nérison, « The Rental and Lending Rights Directive » in : I. Stamatoudi – P. Torremans, *EU Copyright Law*, Edward Elgar, London, 2^e ed., 2021, p. 135-136.

41. Directive 2006/115, J.O. L 376/28.

42. R. Xalabarder, « The equitable remuneration of audiovisual authors : A proposal of unwaivable remuneration rights under collective management », *RIDA* Janvier 2018, N° 255, p. 59-60 et 64.

43. K. Lenaerts – P. Van Nuffel — R. Bray, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 2^e ed. 2005, p. 769.

Mais la part de discrétion laissée aux États par une directive peut parfois concerner également son contenu. Ce ne sera bien sûr pas le cas si, comme il arrive souvent, la directive européenne s'est prononcée jusque dans le détail quant au résultat à atteindre par les autorités nationales. Dans d'autres cas cependant le texte européen circonscrit son but en des formulations assez larges qui laissent aux autorités nationales une certaine marge de manœuvre quant à la façon de l'atteindre.

Il paraît clair que, de ce point de vue, les législateurs de l'Union qui ont choisi d'introduire un droit de rémunération directe pour le streaming⁴⁴ pourront se réclamer pour cela de la formulation souple sous forme de principe dans un article 18, qui, de surcroît, précise expressément la liberté des États de « recourir à différents mécanismes » pour y parvenir.

En est-il de même pour le droit de rémunération directe touchant les plateformes de partage? Sachant qu'ici la rémunération implique la prise en compte, non pas seulement de l'article 18, mais également celle de l'article 17, on pourrait être tenté de dire que la formulation détailliste de ce dernier texte empêche une transposition trop créative⁴⁵. Relisant l'article 17 l'on se rend toutefois compte que le côté si détaillé de ce texte concerne surtout le régime de responsabilité des fournisseurs et les rapports avec les utilisateurs. En revanche, pour ce qui concerne le régime de l'« autorisation » visé à son

44. Voir les considérants 1 à 3 et 83 de la directive.

45. E. Rosati, « The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law », *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2020, Vol. 15, N° 11, p. 874-878.

paragraphe premier, le texte européen n'impose aucun détail⁴⁶. Dès lors, rien ne permet d'exclure une distinction introduite au niveau national entre les aspects d'interdiction d'une part et de rémunération d'autre part.

6. UNE POSSIBLE MISE EN QUESTION

Le droit à une rémunération directe des auteurs et des artistes introduit par un certain nombre de législateurs nationaux dans l'Union Européenne résistera-t-il aux contestations inévitables dont il pourra faire l'objet ?

Une première source de critique pourrait venir de la Commission européenne. On sait que celle-ci, en vertu de l'article 258 TFEU⁴⁷ est chargée de contrôler la bonne transposition des directives en droit national. Si elle était d'avis qu'un État viole manifestement le texte européen elle pourrait transmettre à cet État ses remarques, qui, si elles n'étaient pas suivies, pourraient déboucher en l'institution d'une procédure de violation du droit des Traités devant la Cour de Justice.

46. C'est ce que reconnaît la Commission dans sa Communication du 4 juin 2021, COM (2021) 288, contenant ses « Orientations relatives à l'article 17 de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », lorsqu'elle écrit, sous la rubrique IV. (i), que « le terme « autorisation » n'est pas défini dans la directive et devrait être interprété à la lumière de la finalité et de l'objectif de l'article 17. L'article 17, paragraphe 1, ne prescrit pas la manière dont il est possible d'obtenir les autorisations auprès des titulaires de droits. En effet, tant le texte de l'article 17, paragraphe 1, que le considérant 64 correspondant sont rédigés de manière ouverte et font référence à « l'autorisation... notamment [par le biais d'] un accord de licence ». Les États membres peuvent prévoir différents modèles d'autorisations afin d'« encourager le développement du marché de l'octroi de licences » qui constitue l'un des principaux objectifs de l'article 17.

47. Cet article dit « Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne ».

C'est pourquoi en Allemagne on attend avec grand intérêt son évaluation de la transposition fort créative de la loi du 31 mai 2021 sur la responsabilité en droit d'auteur des fournisseurs de services pour le partage de contenus en ligne qui, comme nous l'avons vu, contient notamment un système de rémunération directe.

À ce propos, l'historique de la loi de transposition belge du 19 juin 2022 contenant ce même système, semblait pouvoir livrer déjà une première vue sur les intentions de la Commission à ce propos. Ainsi que nous l'avons déjà signalé plus haut, il est apparu pendant les travaux parlementaires, que les autorités belges avaient reçu une correspondance informelle des services de la Commission, tendant à considérer que l'article 18 ne saurait être utilisé comme base juridique « pour saper les règles pleinement harmonisées énoncées à l'article 17 ». Sans prendre de position définitive à cet égard, les services de la Commission, arguant du caractère fermé de l'article 17, considéraient donc que l'article 18 ne saurait être pris en compte dans le cadre d'une transposition de l'article 17.

Cette prétendue interdiction de combiner des textes fait fi de l'intention du législateur européen. Elle ignore le fait que l'article 18 porte un caractère général, applicable en toutes circonstances, même dans le contexte des plateformes de partage. Elle oublie aussi que tant l'article 17 que l'article 18 font partie d'une même directive qui constitue un ensemble caractérisé par un objectif commun qui est celui de la réalisation d'un cadre plus moderne pour le droit d'auteur. Les diverses dispositions de cette directive ont été présentées dès le début comme un ensemble permettant de réaliser le bon

fonctionnement d'un « marché unique numérique » dans ce domaine (voir les considérants 1-3 et 83). Il n'est dès lors pas si surprenant de vouloir appliquer à une seule situation des dispositions figurant dans deux de ses chapitres, animés par ce but commun⁴⁸.

Ces hésitations initiales de la Commission à l'admettre semblent procéder plus de la peur de rouvrir un débat délicat, plus ou moins clos après l'équilibre difficilement atteint par des compromis de langage dans l'article 17, que d'arguments de fond en droit européen.

Une prise de position plus récente de la Commission, bien que toujours placée sous la réserve d'une évaluation finale devant couvrir l'ensemble des transpositions nationales, semble mieux conforter la piste du droit à rémunération. Elle nous a été livrée par le Commissaire Breton qui, dans une réponse du 20 juillet 2022⁴⁹ à une question venant du Parlement Européen, affirmait notamment ce qui suit :

« La Commission considère qu'en principe, les États membres pourraient transposer l'article 18 par le biais d'un droit à rémunération auquel il ne peut être renoncé, à condition que cela soit conforme au droit de l'UE applicable, y compris le principe de la liberté contractuelle, le juste équilibre des droits et des intérêts, et les droits exclusifs découlant de l'acquis en droit d'auteur. Toute mesure de transposition de l'article 18 devrait garantir une rémunération

48. Comp. J. Van Herpe, » Artikel 17 DSM-Richtlijn ongefilterd : de omzetting van de Transfer-of-Value-bepaling in de Belgische rechtsorde », IRDI 2022, p. 359-360.

49. E-001255/2022, Answer given by Mr Breton on behalf of the European Commission (20.7.2022), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001255-ASW_EN.pdf

appropriée et proportionnelle des auteurs et des artistes interprètes et ne devrait pas les priver de leur liberté de décider en premier lieu de l'octroi ou non d'une licence ou d'un transfert de leurs droits »⁵⁰.

Il paraît clair que l'introduction de systèmes de rémunération directe risque de se heurter également à l'opposition des autres acteurs du marché concerné⁵¹. Ainsi en Belgique on a déjà vu apparaître l'annonce de requêtes adressées à la Cour Constitutionnelle belge, contenant des recours en annulation des articles de la loi de transposition relatifs au droit de rémunération directe. Celles-ci émanent tant des plateformes numériques, que des producteurs⁵².

Il est intéressant de noter à ce propos que, dans le passé, cette même Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de rejeter un recours pour cause de discrimination introduit par les producteurs audiovisuels dans une affaire impliquant cet autre droit démembré qui est le droit incessible à rémunération accordé par l'article XI.225 CDE aux auteurs et artistes en

50. Traduction propre d'un texte uniquement publié en anglais disant ce qui suit : « The Commission considers that, in principle, Member States could transpose article 18 through an unwaivable remuneration right provided that this complies with relevant EU law, including the principle of contractual freedom, fair balance of rights and interests, and the exclusive rights in the copyright acquis. Any provision implementing article 18 should secure appropriate and proportionate remuneration to authors and performers and should not deprive them of their freedom to decide in the first place whether or not to license or transfer their rights ».

51. A. Kur-J. Schovsbo, « Expropriation or fair game for all? The gradual dismantling of the IP exclusivity paradigm in : A. Kur-M. Levin, *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 427.

52. Avis de requêtes émanant de Google, Spotify, Meta Platforms et Streamz d'une part et de Sony, Universal et Warner d'autre part, publié dans le Moniteur Belge du 1. mars 2023.

cas de retransmission par câble⁵³. Elle l'a fait en des termes qui pourront sans doute servir de précédent pour décider des recours pendants :

« B.18.1. La différenciation qui résulte de la disposition attaquée entre le droit exclusif de retransmission par câble, qui est cessible, et le droit à la rémunération qui est lui, incessible, est justifiée au regard du premier objectif recherché par le législateur, à savoir de garantir une rémunération adéquate des ayants droit d'une œuvre audiovisuelle, qu'il s'agisse des titulaires d'un droit d'auteur ou des titulaires d'un droit voisin. Il convient à cet égard de constater que cette disposition ne remet pas en cause les droits exclusifs des producteurs audiovisuels qui conservent, en cette qualité, le droit de négociation avec les câblodistributeurs de la rémunération à laquelle la transmission par câble d'une œuvre audiovisuelle donne droit. Contrairement à ce qu'allèguent les parties requérantes, l'article XI.225 du CDE garantit au producteur d'œuvres audiovisuelles, comme à l'auteur ou à l'artiste-interprète ou exécutant, une rémunération au titre de la retransmission par câble d'une œuvre audiovisuelle qu'il a produite ou dont il a acquis les droits. En rendant incessible le droit à la rémunération, la disposition attaquée vise uniquement à garantir une rémunération minimale à tous les ayants droit.

B.18.5. Le droit à une rémunération incessible au profit de l'auteur ou de l'artiste-interprète ou exécutant participe de la volonté, raisonnable

53. Cour Constitutionnelle 13 octobre 2016, N° 128/2016, Auteurs & Media 2016, p. 266, note E. Cruysmans, Moniteur Belge 21 novembre 2016, p. 77268.

et justifiée, du législateur de corriger le déséquilibre dans le pouvoir de négociation des producteurs, d'une part, et des auteurs et artistes-interprètes ou exécutants, d'autre part ».

Les divers recours judiciaires possibles sur le plan national pourraient également mener à des questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne. Il n'est guère possible de prédire l'enseignement que la Cour européenne pourrait en tirer.

Rappelons cependant que dans son arrêt du 10 novembre 2016⁵⁴ la Cour a tenu à dégager de sa jurisprudence antérieure un principe général selon lequel toute harmonisation du droit d'auteur doit se fonder « sur un niveau élevé de protection ». Selon la Cour ce principe, mis en exergue dans la directive 2001/29, et plus particulièrement dans le considérant 9 de celle-ci, « être pris en considération pour l'interprétation des directives qui visent à harmoniser les différents aspects du droit d'auteur tout en ayant un objet plus restreint que celui de la directive 2001/29 ». Ce principe général devra certainement valoir également pour la directive 2019/790, puisque ses considérants 2 et 3 nous rappellent expressément que la modernisation des directives existantes devra se faire « tout en maintenant un niveau élevé de protection du droit d'auteur et des droits voisins ».

54. CJUE 10 novembre 2016, C-174/15, Vereniging Openbare Bibliotheken contre Stichting Leenrecht, points 46 à 48.

7. CONCLUSION

L'introduction dans plusieurs législations nationales de systèmes de rémunération directe des auteurs et des artistes semble pouvoir répondre aux préoccupations exprimées dans les considérants 72 et 73 de la Directive 2019/790, disant notamment (et c'est nous qui soulignons) :

« Les auteurs et artistes interprètes ou exécutants ont tendance à se trouver dans une position contractuelle moins favorable lorsqu'ils octroient une licence ou transfèrent leurs droits, y compris par l'intermédiaire de leurs propres sociétés, aux fins de l'exploitation en contrepartie d'une rémunération, et ces personnes physiques ont besoin de la protection prévue par la présente directive pour pouvoir jouir pleinement des droits harmonisés en vertu du droit de l'Union...

La rémunération des auteurs et artistes interprètes ou exécutants devrait être appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés, compte tenu de la contribution de l'auteur ou de l'artiste interprète ou exécutant à l'ensemble de l'œuvre ou autre objet protégé et de toutes les autres circonstances de l'espèce, telles que les pratiques de marché ou l'exploitation réelle de l'œuvre. ... Les États membres devraient être libres de mettre en œuvre le principe de rémunération appropriée et proportionnelle en recourant à divers mécanismes existants ou nouvellement introduits, qui pourraient inclure la négociation collective et d'autres mécanismes, pour autant que de tels mécanismes soient conformes au droit de l'Union applicable ».

L'introduction d'un droit incessible à rémunération directe apparaît en tout cas comme un moyen approprié de répondre aux préoccupations exprimées par le Parlement européen dans sa résolution du 20 octobre 2021 sur la situation des artistes et la reprise culturelle dans l'UE⁵⁵. Dans ce texte le Parlement européen, après avoir invité les États membres à transposer la directive (UE) 2019/790 sur les droits d'auteur dans le marché unique numérique en mettant principalement l'accent sur la protection des œuvres culturelles et créatives et de leurs auteurs et, notamment, à garantir une rémunération juste, adéquate et proportionnelle aux auteurs et aux artistes-interprètes, continuait par regretter que seuls quelques États membres aient saisi l'opportunité offerte par l'article 18 pour mettre en œuvre des mécanismes assurant une rémunération appropriée. Le Parlement Européen priait instamment les États membres de traduire l'article 18 de la directive (UE) 2019/790 en des mécanismes de rémunération efficaces (points 13 et 15). Dans la même résolution il invitait la Commission à évaluer l'incidence des plates-formes de diffusion de musique en continu en Europe et de prendre des mesures concrètes pour veiller à ce que les revenus soient dûment et équitablement distribués à tous les créateurs, artistes et titulaires de droits (points 18 et 22).

55. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0430_FR.html

**DE LA RÉGULATION EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE
ET ARTISTIQUE : LES POUVOIRS DE L'AUTORITÉ
DE RÉGULATION DE LA COMMUNICATION AUDIOVISUELLE
ET NUMÉRIQUE (ARCOM) EN FAVEUR DE LA PROTECTION
DE LA CRÉATION**

DENIS RAPONE

[Conseiller d'État, Membre du collège de l'Arcom](#)

Avec la collaboration de Dorine Arnaudeau

Chargée de mission à la Direction de la création de l'Arcom



Création de l'Arcom. – Depuis le 1^{er} janvier 2022, en application de la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom), résultant de la fusion du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), créé en 1989, et de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'internet

(Hadopi), créée en 2009, est garante de la protection des œuvres et objets auxquels sont attachés un droit d'auteur ou un droit voisin¹.

L'Arcom hérite des missions historiques de soutien à la création française et européenne du CSA, notamment au moyen du contrôle des quotas de diffusion ou des obligations d'investissement qui pèsent sur les services de communication audiovisuelle français². Depuis le décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), ces règles de contribution à la production sont applicables à certains SMAD étrangers visant la France (en fonction de leurs chiffres d'affaires annuel brut et du nombre d'œuvres audiovisuelles ou cinématographiques proposées)³, que ces derniers soient établis sur le territoire français ou à l'étranger⁴.

La loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 a complété le dispositif de lutte contre le piratage mis en œuvre par l'Hadopi afin d'en accroître l'efficacité. Des missions nouvelles ont ainsi été confiées à l'Arcom, en complément de la procédure de réponse graduée.

Un paysage audiovisuel et numérique évolutif. – Comme indiqué dans le projet stratégique 2023-2025 de l'Arcom, « le paysage audiovisuel évolue sous l'effet de la transformation numérique, qui s'accompagne de l'installation

1. Article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle (CPI)

2. Pour en savoir plus : <https://www.arcom.fr/nos-missions/promotion-et-protection-de-la-creation>

3. <https://www.csa.fr/Reguler/Promotion-de-la-production-audiovisuelle/Soutenir-la-creation>

4. <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-de-references/Decrets-et-arretes/Decrets-relatifs-aux-services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD/Decret-n-2021-793-du-22-juin-2021-relatif-aux-services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD>

de nouveaux acteurs et d'une modification des habitudes du public⁵. [...] L'essor des technologies en ligne a permis le développement de nouvelles façons d'accéder aux contenus et de communiquer, mais aussi de nouveaux risques⁶. [...] La modification rapide du paysage audiovisuel et numérique nécessite que le régulateur prenne en compte ces nouvelles dynamiques [...] pour soutenir la création et le modèle culturel national⁷. »

Les usages illicites se sont adaptés dans une même dynamique. Désormais, à la dimension transfrontière du piratage s'ajoutent de nouveaux modes de diffusion comme la télévision par internet (IPTV). D'autres pratiques se pérennisent, comme le *stream ripping*⁸, ou se diffusent plus largement, tel le VPN (réseau privé virtuel), auparavant réservées à un public davantage expérimenté.

Les procédés de piratage se sont ainsi diversifiés (IPTV, live streaming, réseaux sociaux...) aux côtés des protocoles plus traditionnellement utilisés (streaming, téléchargement direct et pair à pair). D'après l'édition 2022 du « Baromètre de la consommation » de l'Arcom⁹, près d'un quart des internautes (24 %) déclare avoir consommé au moins un bien culturel dématérialisé de façon illicite au cours des douze derniers mois, soit 27 % des consommateurs de biens culturels dématérialisés.

5. Projet stratégique de l'Arcom 2023-2025, p. 6

6. Projet stratégique de l'Arcom 2023-2025, p. 8

7. Projet stratégique de l'Arcom 2023-2025, p. 9

8. Le *stream ripping* permet de réaliser des copies de contenus musicaux ou audiovisuels diffusés en *streaming*.

9. <https://www.arcom.fr/nos-ressources/etudes-et-donnees/mediatheque/barometre-2022-de-la-consommation-des-biens-culturels-dematerialises>

Face à cette plus grande diversité des usages illicites, à la plus grande porosité de la frontière entre le développement de nouvelles technologies, neutre par essence (comme le VPN) et leurs usages à des fins illicites, se posent les questions de l'équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des créateurs, ainsi que de la nécessaire conciliation du droit de propriété intellectuelle avec la liberté d'expression et de communication. Une des réponses réside dans la réactivité et l'agilité de l'intervention publique pour protéger les droits des créateurs tout en garantissant le respect des autres droits et libertés.

Les avantages de la régulation. – La régulation permet une réponse souple et complémentaire à l'action judiciaire, adaptée à l'évolution rapide de l'écosystème illicite. Le besoin d'un régulateur expert s'est imposé pour appréhender des techniques de plus en plus complexes et évolutives.

En effet, comme énoncé par le président de l'Arcom, « Avec l'arrivée des nouveaux acteurs, tels que les plateformes de partage de contenus et les réseaux sociaux [...] les modalités de la régulation sont amenées à évoluer. [...] La régulation [...] est appelée à devenir plus collaborative, plus participative. Le régulateur sera souvent appelé à jouer le rôle d'un superviseur des dispositifs mis en place par les opérateurs eux-mêmes ».¹⁰

Une nouvelle approche. – Avec la création d'une nouvelle autorité de régulation, la stratégie de lutte contre le piratage a évolué, l'Arcom opérant et incarnant la transition entre les mécanismes historiques visant les internautes

10. Comm. com. électr. 2019, entretien 5, R.-O. Maistre, La régulation des médias audiovisuels à l'ère numérique.

vers ceux destinés à cibler les services illicites, le consommateur pirate faisant toujours l'objet d'un accompagnement pédagogique.

La procédure de réponse graduée, initialement mise en œuvre par l'Hadopi, s'inscrivait déjà dans une telle approche. Même si le dispositif français instauré en 2009 relève d'une démarche pré-pénale, pouvant aboutir au prononcé d'une amende sur le fondement d'une contravention de 5e classe, son caractère est avant tout pédagogique et repose sur des avertissements envoyés au titulaire de la connexion internet utilisée à des fins de mise en partage sans autorisation d'œuvres protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin. Cette logique de sensibilisation et de responsabilisation a été reprise plus largement au sein de l'Arcom, celle-ci s'engageant dans le développement de contenus pédagogiques, tant en termes d'éducation aux médias et à l'information que de sensibilisation aux usages responsables et citoyens d'Internet¹¹.

La lutte contre les services illicites occupe désormais une place centrale dans l'arsenal juridique confié à l'Arcom, en soutien des actions de sensibilisation qu'elle mène. Cette nouvelle stratégie, en complément de l'action judiciaire, est rendue possible par les solides moyens d'action dont elle s'est vue dotée, lesquels sont destinés à lutter contre diverses formes de piratage.

Pour sa mission de protection de la création confiée au groupe de travail « Protection des droits sur internet », l'Arcom s'est ainsi vu attribuer

11. Les ressources de l'Arcom en matière d'éducation aux médias, à l'information et aux usages responsables d'Internet, site internet de l'Arcom.

des pouvoirs accrus pour renforcer les dispositifs classiques de lutte contre le piratage, en collaboration avec les titulaires de droits (I) et avec les acteurs (autres que ces titulaires) et institutions susceptibles d'intervenir dans cette lutte (II).

I. L'ACTION CONJUGUÉE ET COLLABORATIVE DE L'ARCOM ET DES TITULAIRES DE DROITS

L'Arcom déploie une régulation renouvelée et ambitieuse pour la protection de la création et des manifestations sportives sur internet, afin que le numérique reste une opportunité pour l'épanouissement culturel des utilisateurs et pour le renforcement de la cohésion sociale au travers des valeurs fédératrices du sport.

Elle apporte en premier lieu son soutien aux actions des titulaires de droits, tout d'abord, à l'instar de l'Hadopi, en sensibilisant les internautes et en promouvant la protection de la création (A), mais également, depuis la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021, en actualisant les décisions judiciaires en matière sportive et culturelle (B).

A. Sensibiliser les internautes et promouvoir la protection de la création

Maintien de la procédure de réponse graduée et poursuite des actions de sensibilisation et de référencement de l'offre légale. – Comment lutter efficacement contre la contrefaçon massive sur internet des œuvres protégées

par un droit d'auteur ou des droits voisins? Comment, de façon adaptée, dissuader les internautes de s'orienter vers de telles pratiques « ordinaires » de piratage et comment appréhender au mieux celles-ci? Pour ce faire, la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 a tout d'abord transmis à l'Arcom les moyens d'action relevant précédemment du champ de compétences de l'Hadopi. L'Autorité mène ainsi des actions de sensibilisation au droit d'auteur¹², recense les offres légales¹³ et met en œuvre la procédure de réponse graduée.

La procédure de réponse graduée est un bel exemple de collaboration entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, qui a fait ses preuves depuis 2009¹⁴. Elle constitue la réponse française aux actes de piratage des œuvres culturelles commis sur les réseaux pair à pair, en visant principalement à avertir pédagogiquement l'abonné à internet de l'usage contrevenant de sa connexion et, en cas de persistance d'un tel usage, à sanctionner la contravention de négligence caractérisée instituée par les articles L. 336-3¹⁵

12. Article L. 331-12 du CPI : « [L'Arcom] mène des actions de sensibilisation et de prévention auprès de tous les publics, notamment auprès des publics scolaires et universitaires ».

13. Article L. 331-12 du CPI : « [L'Arcom] assure [...] : 2° Une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur, un droit voisin ou un droit d'exploitation audiovisuelle mentionné au même article L. 333-10 sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne »

14. La procédure a été instituée par les lois n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

15. « La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise.

Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des articles L. 335-7 et L. 335-7-1. »

et R. 335-5¹⁶ du code de la propriété intellectuelle (CPI) ainsi que, le cas échéant, le délit de contrefaçon prévu par l'article L. 335-3 du CPI¹⁷.

Elle est initiée par les ayants droit¹⁸. Ces derniers saisissent l'Arcom après avoir constaté des faits de mise à disposition d'œuvres protégées sur les réseaux pair à pair. Sur la base des informations communiquées par les ayants droits, l'Arcom interroge les fournisseurs d'accès à internet afin d'identifier le titulaire de l'abonnement à internet.

La procédure est mise en œuvre par un membre du collège de l'Arcom spécialement désigné à cet effet, à raison de sa qualité de magistrat – membre du Conseil d'État ou de la Cour de cassation –, assisté d'agents habilités et assermentés de l'Autorité, conformément aux dispositions du II de l'article L. 331-14 du CPI¹⁹. Le prononcé de la sanction pénale relève *in fine* de l'autorité judiciaire.

16. « I.- Constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II :

1° Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ;

2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. »

17. « Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi. »

18. Article L. 331-19 du CPI.

19. « II.- Pour l'exercice de la mission prévue au paragraphe 1 de la sous-section 3 de la présente section, les agents mentionnés au I du présent article reçoivent les saisines adressées à l'autorité dans les conditions prévues à l'article L. 331-19.

Ces agents peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques l'identité, l'adresse postale, les adresses électroniques dont ceux-ci disposent ainsi que les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II, lorsqu'elle est requise. »

La contravention de négligence caractérisée vise l'abonné qui n'a pas suffisamment sécurisé sa connexion internet. Les poursuites pénales exercées par l'autorité judiciaire n'interviennent possiblement qu'au terme d'une phase pédagogique et dissuasive consistant à envoyer trois avertissements successifs à chaque nouvelle mise à disposition illicite d'œuvres protégées. À chaque étape de la procédure, 75 % des abonnés avertis ne réitèrent plus. L'effet dissuasif de la procédure se mesure également au regard de la diminution des avertissements envoyés à chacune des trois étapes : en 2022, 151 803 premiers avertissements puis 40 318 deuxièmes avertissements ont été envoyés et seuls 3201 dossiers ont fait l'objet, à la troisième étape, de constats de négligence caractérisée par les agents habilités et assermentés de l'Arcom.

En cas d'échec de cette phase pédagogique, le membre du collège de l'Arcom chargé de la mise en œuvre de cette procédure examine les dossiers sur la base de critères objectifs et apprécie s'il y a lieu de les transmettre au procureur de la République territorialement compétent. En 2022, 1 395 dossiers ont été transmis aux parquets.

La réponse pénale demeure indispensable pour une partie des abonnés, qui reste hermétique aux avertissements envoyés. En 2022, 910 suites judiciaires ont été portées à la connaissance de l'Arcom. Les mesures de composition pénale (procédure alternative par laquelle le procureur propose une sanction) et d'ordonnance pénale (procédure de jugement simplifié sans débat préalable) ont dernièrement été plus régulièrement prononcées. Afin de renforcer l'efficacité des suites apportées par l'autorité judiciaire aux dossiers qui lui sont transmis par l'Arcom, le membre du collège désigné se rend

régulièrement à la rencontre des différents parquets pour les sensibiliser à la procédure de réponse graduée.

Nouveautés. — Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021, tout ayant droit individuel peut désormais saisir l'Arcom sur la base d'un constat d'huissier. La saisine n'est donc plus réservée aux organismes de gestion collective et de défense professionnelle. En outre, le nom des œuvres mises à disposition illégalement peut dorénavant directement figurer dans l'avertissement. Les destinataires des avertissements peuvent ainsi identifier de manière immédiate la source des mises à disposition illicites.

Une efficacité éprouvée mais un périmètre d'intervention devenu trop restreint. – En 2009, plus de 8,3 millions d'internautes utilisaient le pair à pair pour partager illégalement des œuvres protégées par un droit d'auteur ; ils étaient 2 millions en 2022, représentant environ 22 % du total des internautes ayant des pratiques illicites. Cette baisse s'explique en premier lieu par les efforts du régulateur qui, en treize années, aura envoyé plus de 13,5 millions d'avertissements, mais aussi par les évolutions générales des usages, tant légaux qu'illicites, ainsi que par le développement de l'offre légale.

Si le pair à pair n'est plus la pratique majoritaire pour l'accès illicite aux biens culturels dématérialisés, la réponse graduée reste essentielle car ce mode d'accès peut être utilisé en complément des autres modes illicites. Il pourrait même voir son intérêt renforcé, ce qu'expliquait déjà en 2019 l'Hadopi, « *du fait de ses spécificités (simplicité d'installation et d'utilisation, qualité du produit), et en particulier, lorsque la fermeture judiciaire des sites ou plateformes*

*massivement contrefaisants est ordonnée dans le cadre des actions engagées par les ayants droit ».*²⁰

Toutefois, au vu de l'émergence des autres modes d'accès (tels que le *streaming*, le téléchargement direct, l'IPTV ou les réseaux sociaux), une action dirigée directement contre les services illicites s'imposait.

B. Actualiser les décisions judiciaires en matière sportive et culturelle

Lutte contre les services culturels illicites et extension du blocage aux services illicites sportifs. – La loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 constitue un jalon important dans la lutte contre le piratage par le changement de paradigme qu'elle opère. Tout en maintenant la procédure de réponse graduée, elle a étendu les moyens et le périmètre d'action du régulateur en attribuant à l'Arcom de nouveaux moyens de lutte contre le piratage qui lui permettent d'actualiser des mesures judiciaires de blocage de services illicites culturels ou sportifs.

L'élargissement de la lutte contre les services illicites aux services diffusant des contenus sportifs se justifie par l'ampleur et les conséquences de ces pratiques illégales. D'après une étude de l'Arcom, 21 % des internautes français ont déjà consommé une compétition sportive de manière illicite. Plus précisément, 10 % des internautes ont visionné du *live streaming* sportif illicite au cours

20. Revues – Droit pénal n° 11 du 1^{er} novembre 2019 – Communication électronique – Une procédure originale en matière de protection du droit d'auteur : la réponse graduée – Étude par Isabelle GRAVIÈRE-TROADEC, Dominique GUIRIMAND et Tanneguy LARZUL, avec le concours d'Héloïse GAS.

des six derniers mois, et 8 % ont des pratiques *a minima* hebdomadaires²¹. Le manque à gagner généré par l'accès illicite à des retransmissions sportives se chiffre ainsi en centaines de millions d'euros²². En affectant structurellement l'économie des chaînes de télévision payantes, donc plus généralement celle des droits de retransmission de manifestations sportives, le piratage des retransmissions sportives pourrait impacter le financement de l'ensemble de l'écosystème sportif, notamment des clubs professionnels et amateurs²³. Il apparaissait donc nécessaire de protéger aussi les titulaires de droits sportifs des pratiques de piratage.

Évolution de la lutte contre le piratage : rappel du droit positif avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 octobre 2021. – De nouveaux outils de lutte contre le piratage mis à la disposition de l'Arcom par cette loi ont permis de renforcer le dispositif déjà existant de lutte contre les services illicites, contre lesquels, jusqu'alors, seuls les titulaires de droits pouvaient agir.

Ces derniers disposent, en effet, depuis 2009 de la possibilité de demander au président du tribunal judiciaire, statuant selon la procédure accélérée au fond, « *toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier.* » Un solide dossier probatoire doit être constitué à

21. Source : Arcom – Étude quantitative « impact du blocage des sites illicites de sport » <https://www.arcom.fr/nos-ressources/etudes-et-donnees/mediatheque/impact-du-blocage-des-services-illicites-de-sport-rapport-detude-quantitative>.

22. https://www.hadopi.fr/sites/default/files/sites/default/files/ckeditor_files/2020_12_02_Etude_impact_economique_consommation_illicite_contenus_audiovisuels_retransmissions_sportives_Hadopi.pdf

23. Un mécanisme de solidarité entre le sport professionnel et le sport amateur existe sous la forme d'une taxe (dite « taxe Buffet ») sur la cession des droits de retransmission d'événements sportifs.

l'appui de ces actions dites « *en cessation* » prévues par l'article L. 336-2 du CPI (preuve de la qualité à agir et preuve de la contrefaçon). À l'instar de la jurisprudence européenne²⁴ fondée sur le principe de proportionnalité, le Conseil constitutionnel a émis la réserve que les mesures prononcées devaient être « *strictement nécessaires à la préservation des droits en cause* », dans le respect de la liberté d'expression et de communication²⁵. Par ailleurs, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, les coûts des mesures de blocage pèsent en principe sur les fournisseurs d'accès à internet à qui incombe la mise en œuvre de ces mesures judiciaires, sauf « *dans l'hypothèse où une mesure particulière devait s'avérer disproportionnée, eu égard à sa complexité, à son coût et à sa durée, au point de compromettre, à terme, la viabilité du modèle économique des intermédiaires techniques* »²⁶.

La décision emblématique « The Pirate Bay »²⁷ a, par exemple, été rendue sur le fondement de cet article L. 336-2 du CPI. Saisi par la société civile des producteurs phonographiques (SCPP), le tribunal de grande instance de Paris a ordonné aux sociétés Orange, Bouygues Télécom, Free et SFR de mettre en œuvre toutes mesures propres à empêcher l'accès au site d'origine, aux sites de redirection, aux sites miroirs et aux « proxies » de The Pirate Bay, pendant une durée de douze mois à compter de la mise en place des mesures.

Néanmoins, les décisions judiciaires rendues sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI ne permettaient pas, jusqu'au 1^{er} janvier 2022 (date d'effet

24. CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, Scarlet Extended SA c/SABAM.

25. Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel, considérant 38.

26. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2017, n° 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595.

27. TGI Paris, référé, 3^e ch. 1^{er} section, 4 décembre 2014, RG n° 14/03236.

prévue par la loi du 25 octobre 2021 pour l'exercice par l'Arcom de ses compétences nouvelles), d'actualisation dite « *dynamique* ». La seule solution pour les titulaires de droits confrontés à l'apparition de sites miroirs était d'engager une nouvelle action judiciaire en vue d'obtenir l'actualisation des mesures de blocage pour la durée restant à courir de l'injonction. Ainsi, le juge pouvait prévoir dans sa décision initiale de blocage « *qu'en cas d'évolution du litige notamment par la modification des noms de domaines ou chemins d'accès, [les titulaires de droits] pourront en référer à la présente juridiction selon la procédure accélérée au fond ou en saisissant le juge des référés, en mettant en cause par voie d'assignation les parties présentes à cette instance ou certaines d'entre elles, afin que l'actualisation des mesures soit ordonnée* »²⁸.

La loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique a enrichi ce dispositif préexistant en instaurant :

– une procédure de lutte contre les sites miroirs : l'Arcom se voit ainsi confier, au titre des articles L. 331-27 et R. 331-20 du CPI, la faculté d'actualisation des décisions prises sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI ; et

– une procédure de lutte contre la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives : en application des articles L. 333-10 et L. 333-11 du code du sport, une action judiciaire est désormais

28. TJ de Paris, 17 décembre 2020, N° RG 20/10425 (*SVEN, API, UPC, FNEF vs Bouygues Telecom, Orange, Free, SFR*), page 20.

spécifiquement ouverte aux titulaires de droits sportifs (fédérations sportives, organisateurs de manifestations sportives, ligues sportives professionnelles et diffuseurs) et l'Arcom se voit également confier la faculté d'actualiser ce type de décisions.

De telles procédures avaient été envisagées dès le projet de loi enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 5 décembre 2019 et relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère du numérique, finalement avorté en raison de la crise sanitaire²⁹.

Présentation des procédures issues de la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021. - Ces procédures permettent aux titulaires de droits d'actualiser les mesures de blocage prononcées par le juge. L'Arcom intervient donc en complément de l'action judiciaire et garantit le respect de l'équilibre des droits et des libertés en cause. Ses notifications ou demandes d'actualisation ne sont toutefois pas coercitives. En cas de difficulté, l'Arcom peut demander aux destinataires de ces notifications de se justifier. Sans préjudice d'une telle demande, le président du tribunal judiciaire peut être saisi, en référé ou sur requête, pour ordonner toute mesure propre à faire cesser l'accès aux services litigieux.

Extension du blocage aux services illicites sportifs. – Les mesures judiciaires de blocage trouvent initialement leur fondement, pour combattre les services illicites culturels, dans l'article 8.3 de la directive 2001/29/CE

29. Source Lexis 360 Intelligence – Revues – Communication – Commerce électronique n° 3 du 1^{er} mars 2022 – Droits audiovisuels sportifs – Le nouveau dispositif normatif de lutte contre le piratage des droits audiovisuels sportifs – Étude par Fabrice RIZZO.

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 (« directive DADVSI »)³⁰. Transposée en droit interne par l'article 6.I.8 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN »)³¹, cette faculté judiciaire a été introduite dans le CPI et figure à ce jour à l'article L. 336-2 de ce code³² (dont la rédaction est issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet). Elle a ainsi avant tout été pensée pour les titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins et leurs ayants droit (ou les sociétés de gestion collective et les organisations de défense professionnelle).

L'extension aux contenus sportifs d'un statut relevant du droit voisin a fait, par le passé, l'objet de plusieurs tentatives, sans succès. En 2018, les premiers projets de la directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique incluait un article « 12 bis » qui accordait un nouveau droit voisin au profit des organisateurs d'événements sportifs.

30. « Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin. »

31. « L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1, toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne. »

32. « En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des organismes de gestion collective régis par le titre II du livre III ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. La demande peut également être effectuée par le Centre national du cinéma et de l'image animée. »

Or, en application de la jurisprudence de la CJUE³³, les rencontres sportives sont exclues de la qualification d'œuvres au sens de la directive sur le droit d'auteur³⁴, et cet article n'a finalement pas été retenu dans la version finale du texte. Des initiatives européennes sont actuellement en cours sur la question du piratage sportif et la Commission européenne a lancé un appel à contributions relatif à la lutte contre le piratage en ligne de contenus en direct, auquel l'Arcom a répondu le 15 février 2023³⁵.

Toutefois, la Cour de Luxembourg reconnaît qu'une protection spécifique peut être octroyée à ces rencontres par les différents ordres juridiques internes³⁶.

Le droit français a ainsi concédé aux fédérations sportives ainsi qu'aux organisateurs de manifestations sportives un droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives qu'ils organisent, prévu à l'article L. 333-1 du code du sport. Par ailleurs, l'article L. 216-1 du CPI³⁷ reconnaît un droit voisin aux entreprises de communication audiovisuelle.

33. CJUE, gde ch., Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres (C-403/08) et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd (C-429/08).

34. Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

35. Réponse de l'Arcom à l'appel à contributions de la Commission européenne relatif à la lutte contre le piratage en ligne de contenus en direct.

36. CJUE, gde ch., Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres (C-403/08) et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd (C-429/08), considérant 100.

37. « 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 radiodiffusion ou télédiffusion, leur mise à disposition du public en ligne et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée. »

Procédure de lutte contre la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives. – En application de l'article L. 333-10 du code du sport, les titulaires de droits d'exploitation audiovisuelle, les entreprises de communication audiovisuelle ou les ligues sportives professionnelles peuvent désormais saisir le président du tribunal judiciaire afin d'empêcher l'accès à partir du territoire français à des services diffusant illicitement des compétitions ou manifestations sportives ou dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est une telle diffusion. Ces derniers peuvent par la suite communiquer à l'Arcom les données d'identification de tout service de communication au public en ligne non encore identifié à la date de l'ordonnance afin que l'Autorité notifie ces données d'identification aux personnes mentionnées par l'ordonnance afin qu'elles prennent les mesures ordonnées à l'égard de ce service pendant toute la durée de ces mesures restant à courir.

Cette procédure permet ainsi d'empêcher l'accès à des sites retransmettant illégalement des événements d'une compétition sportive. Le législateur français a pris en compte les spécificités des événements sportifs qui résident « *dans le fait que la diffusion d'une compétition n'a de réel intérêt que si elle opère en direct. Aussi, lorsqu'une épreuve fait l'objet d'un live streaming illégal, la valeur des droits concernés diminue concomitamment à la diffusion frauduleuse des images, créant pour leurs titulaires un préjudice substantiel et immédiat*³⁸. » La célérité est ainsi l'objectif principal de cette procédure.

38. Source Lexis 360 Intelligence – Revues – Communication – Commerce électronique n° 3 du 1er mars 2022 – Droits audiovisuels sportifs – Le nouveau dispositif normatif de lutte contre le piratage des droits audiovisuels sportifs – Étude par Fabrice RIZZO.

Une fois les données d'identification des services communiquées à l'Arcom par les titulaires de droits, les agents habilités et assermentés de l'Autorité doivent constater que le service mis en cause diffuse illicitement la compétition ou la manifestation sportive ou a pour objectif principal ou parmi ses objectifs principaux une telle diffusion.

Le président de l'Arcom ou, en cas d'empêchement, le membre du collège désigné par lui notifie les données d'identification du site dont l'illicéité a été constatée par l'Arcom aux personnes mentionnées par l'ordonnance (soit en pratique, pour le moment, les fournisseurs d'accès à internet) afin qu'elles prennent toutes mesures proportionnées propres à empêcher l'accès à partir du territoire français (blocages DNS pour le moment). Ces mesures de blocage n'ont vocation à s'appliquer que pendant la durée de la compétition.

Certains moteurs de recherche acceptent également, de manière volontaire, de prendre des mesures de déréférencement pour les services ayant pour objectif principal ou parmi leurs objectifs principaux la diffusion illicite de compétitions ou manifestations sportives (après constatations de l'Arcom) (cf. infra).

La loi prévoit expressément que la répartition des coûts des mesures de blocage soit prévue dans un accord entre les titulaires de droits sportifs et toute personne susceptible de contribuer à remédier aux atteintes à ces droits.

Une action efficace. – La première mise en application de la procédure issue des articles L. 333-10 III et L. 333-11 du code du sport a été opérée à la

suite d'une ordonnance de référé du tribunal judiciaire de Paris du 20 janvier 2022³⁹, dans laquelle le tribunal rappelle que « *pendant toute la durée des mesures, la société BeIN Sports France pourra communiquer à [l'Arcom] les données d'identification de tout service de communication au public en ligne qui n'a pas été identifié à la date de la décision, diffusant illicitement la Coupe d'Afrique des Nations 2021 ou dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est la diffusion sans autorisation de la Coupe d'Afrique des Nations 2021* ».

Cette première saisine de l'Arcom a été rapidement suivie d'une dizaine d'autres. Ainsi, au 31 décembre 2022, l'Autorité a été saisie concernant dix compétitions sportives (Top 14 de Rugby, Internationaux de France de tennis de Roland-Garros, The Championships de Wimbledon, Championnat de monde de Formule 1, Moto GP, Coupe du monde de la Fifa, Coupe d'Afrique des Nations, Ligue des champions, Ligue 1, Ligue 2, English Premier League) pour un total de 1 288 noms de domaine bloqués (512 à la demande du juge et 776 à la demande l'Arcom). Selon l'étude réalisée par l'Arcom en 2022 sur l'impact des mesures de blocages⁴⁰, l'audience sportive illicite globale a diminué de 41 % entre 2021 et 2022, passant de 2,8 millions d'internautes pirates en moyenne à 1,6 millions.

Du fait de cette particulière efficacité, cette procédure est de plus en plus utilisée par les titulaires de droits sportifs : pour le seul premier quadrimestre 2023, l'Arcom a fait bloquer plus de 471 noms de domaine.

39. N° RG 22/50416.

40. <https://www.arcom.fr/nos-ressources/etudes-et-donnees/mediatheque/impact-du-blocage-des-services-illicites-de-sport-rapport-detude-quantitative>

Procédure de lutte contre les sites miroirs contrefaisants. — En cas d'atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, la loi du 25 octobre 2021 précitée a également confié à l'Arcom un pouvoir d'actualisation des décisions judiciaires dans le cadre de la lutte contre les sites miroirs. Cette procédure, prévue à l'article L. 331-27 du CPI, permet à un titulaire de droits partie à une décision judiciaire, rendue sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI et passée en force de chose jugée, de recourir à l'Arcom afin que celle-ci demande à toute personne visée par la décision de prendre les mesures qu'elle prévoit à l'égard de tout service de communication au public en ligne qui reprend « *en totalité ou de manière substantielle* » le contenu d'un service mentionné par cette même décision, pour une durée ne pouvant excéder celle restant à courir pour les mesures ordonnées par le juge.

Tout d'abord, il convient que la décision judiciaire initiale soit passée en force de chose jugée (celle-ci n'est plus susceptible de faire l'objet d'un recours).

Ensuite, conformément aux dispositions de l'article R. 331-20 du CPI, cette saisine doit être formalisée par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen permettant d'attester de la date de réception et de l'identité du destinataire (voie électronique comprise). Elle comprend une copie de la décision judiciaire initiale, une déclaration sur l'honneur relative à la titularité des droits ainsi que les données d'identification du service de communication au public en ligne considéré comme site miroir.

Enfin, les agents habilités et assermentés de l'Arcom vérifient que le service miroir visé par la saisine des titulaires de droits reprend « *en totalité ou*

de manière substantielle le contenu » d'un site ayant fait l'objet de la décision judiciaire initiale de blocage. Ils s'attachent pour se faire à l'existence d'un faisceau d'indices (comparaison des catalogues entre le site initial et le site miroir, comparaison de l'architecture visuelle de leurs pages d'accueil, comparaison des noms de domaine...). À la différence des actualisations judiciaires, circonscrites au vu de la jurisprudence actuelle du tribunal judiciaire de Paris⁴¹ aux nouveaux noms de domaine pour lesquels sont opérés des redirections instantanées et immédiates depuis des noms de domaine bloqués, l'actualisation des décisions judiciaires par l'Arcom permet de viser un nombre plus important de services dits miroirs nouvellement accessibles sans redirection depuis un nom de domaine initial bloqué.

Le collège plénier de l'Arcom peut ainsi demander aux personnes visées par la décision judiciaire (soit, jusqu'à ce jour, les fournisseurs d'accès à internet) de prendre les mesures prévues par cette dernière (blocage) à l'encontre du site miroir. Ces mesures de blocage n'ont vocation à courir que pendant la durée de la décision judiciaire initiale.

L'exécution dynamique des décisions judiciaires par l'Arcom : une coopération prometteuse avec les ayants droit du secteur de la création pour mieux lutter contre les services de contournement. – Les premières saisines de l'Arcom par les ayants droit du secteur de la création ont pu intervenir au mois d'octobre 2022. Depuis l'engagement de cette coopération avec ces ayants droit, l'Autorité a reçu une quarantaine de saisines aboutissant

41. Ordonnance de référé du Tribunal judiciaire de Paris, 6 mai 2021, N°RG 21/52699 (SVEN, API, UPC, FNEF vs Bouygues Telecom, Orange, Free, SFR) ; TJ de Paris du 8 février 2022 (RG n° 21/15569).

au blocage de 166 noms de domaine en complément de ceux bloqués *ab initio* en application directe des décisions du juge.

Une telle coopération se révèle ainsi particulièrement prometteuse.

L'Arcom dispose ainsi de pouvoirs variés et complémentaires. Le législateur a par ailleurs souhaité développer des outils de droit souple en encourageant le régulateur à favoriser des actions volontaires de la part des acteurs concernés.

II. LA COLLABORATION DE L'ARCOM AVEC LES ACTEURS ET INSTITUTIONS SUSCEPTIBLES D'INTERVENIR DANS LA LUTTE CONTRE LES ATTEINTES AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Comme indiqué dans son projet stratégique pour 2023-2025, l'Arcom a notamment pour objectif de « *Protéger les droits dans les domaines culturel et sportif et encourager la conclusion d'accords entre les acteurs de la création et les plateformes de partage de contenus et entre les titulaires de droits et les intermédiaires techniques* »⁴² (A), mais également « *[d']inscrire [son] action dans la nouvelle dynamique européenne et [d']amplifier son volet international* »⁴³ (B).

42. Projet stratégique de l'Arcom 2023-2025, p. 13.

43. Projet stratégique de l'Arcom 2023-2025, p. 14.

A. Encourager les intermédiaires à s'engager dans une démarche vertueuse visant à la protection des droits

L'élaboration par l'Arcom de modèles d'accords spécifiques applicables à certaines missions (articles L. 333-10 du code du sport et L. 331-27 du CPI) : l'exemple de coopération opérationnelle de l'accord sport. – Dans le cadre de la lutte contre les sites miroirs (I de l'article L. 331-27 du CPI⁴⁴) et de la lutte contre la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives (IV de l'article L. 333-10 du code du sport⁴⁵), la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 a prévu l'élaboration par l'Arcom de modèles d'accord que les titulaires de droits et toute personne susceptible de remédier aux atteintes sont invités à conclure.

Dans le cadre de la lutte contre les sites miroirs contrefaisants, les modèles d'accord visent expressément à « *faciliter l'exécution des décisions judiciaires mentionnées à l'article L. 336-2* » du CPI et s'adressent ainsi prioritairement aux parties aux instances judiciaires engagées sur le fondement de l'article L. 336-2 du CPI (à savoir, les fournisseurs d'accès à internet). Les dispositions

44. « *Pour faciliter l'exécution des décisions judiciaires mentionnées à l'article L. 336-2, l'autorité adopte des modèles d'accord, qu'elle invite les ayants droit et toute personne susceptible de contribuer à remédier aux atteintes aux droits d'auteur et droits voisins en ligne à conclure. L'accord détermine notamment les conditions d'information réciproque des parties sur l'existence de tout service de communication au public en ligne reprenant en totalité ou de manière substantielle le contenu du service visé par la décision. Il engage toute personne susceptible de contribuer à remédier aux atteintes aux droits d'auteur et droits voisins en ligne, partie à l'accord, à prendre les mesures prévues par la décision judiciaire.* »

45. « *L'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique adopte des modèles d'accord que les titulaires de droits mentionnés au I, la ligue professionnelle, l'entreprise de communication audiovisuelle ayant acquis un droit à titre exclusif et toute personne susceptible de contribuer à remédier aux atteintes mentionnées au même I sont invités à conclure. L'accord conclu entre les parties précise les mesures qu'elles s'engagent à prendre pour faire cesser d'éventuelles violations de l'exclusivité du droit d'exploitation audiovisuelle de la manifestation ou compétition sportive et la répartition du coût des mesures ordonnées sur le fondement du II.* »

applicables en matière sportive étant plus larges, d'autres intermédiaires, tels que les fournisseurs de DNS alternatifs ou de VPN, pourraient être parties à ce type d'accord. Par ailleurs, toujours pour ce qui concerne la lutte contre la retransmission illicite des manifestations et compétitions sportives, il est expressément prévu que l'accord conclu sur le fondement de ce texte spécifique précise la répartition du coût des mesures de blocage (à la différence de la jurisprudence de la Cour de cassation précitée relative à l'article L. 336-2 du CPI⁴⁶, suivant laquelle les coûts des mesures de blocage incombent en principe aux fournisseurs d'accès à internet).

L'Arcom a pour rôle de rapprocher les parties concernées et de les inciter à fixer un cadre contractuel préventif à partir d'un modèle d'accord adopté par l'Autorité. C'est ainsi qu'à l'issue d'un cycle de discussions menées sous son égide entre les fournisseurs d'accès à internet et les titulaires de droits, un accord entre, d'une part, les membres de la Fédération Française des Télécoms (FFTélécoms) et Free et, d'autre part, les membres de l'Association pour la protection des programmes sportifs (APPS) a pu être signé le 18 janvier 2023. Cet accord traite notamment des mesures de blocage mises en œuvre par les fournisseurs d'accès à internet et de la répartition des coûts liés à ces mesures. Comme souligné par le président de l'Arcom, *« la conclusion de cet accord est l'aboutissement d'un véritable travail d'équipe qui a désormais vocation à se poursuivre, pour anticiper l'évolution des usages, protéger les droits et permettre leur juste rémunération. La lutte contre le piratage sportif sur internet protège les grandes compétitions qui nous rassemblent comme elle protège le financement*

46. Cass. 1re civ., 6 juill. 2017, n° 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595.

du sport amateur, dont la pratique dans nos territoires participe à leur vitalité, favorise l'inclusion et encourage la cohésion⁴⁷. »

Le dispositif d'incitation à la conclusion d'accords volontaires (article L. 331-12 du CPI) : une ambition forte. – L'Arcom dispose en application de l'article L. 331-12 du CPI⁴⁸ d'une compétence générale consistant à prendre toutes mesures (recommandations, guides de bonnes pratiques ou modèles et clauses types) permettant de favoriser la conclusion d'accords volontaires visant à protéger les droits d'auteur, les droits voisins ou les droits d'exploitation audiovisuelle.

La disposition est large, de sorte que ces accords sont susceptibles de concerner tout acteur souhaitant s'inscrire dans une démarche volontaire de lutte contre le piratage émanant de tout type de services illicites. Ces accords ont pour objectif de permettre une implication élargie des intermédiaires (au-delà des seuls fournisseurs d'accès à internet). À cet égard, l'Arcom vise à susciter de tels accords auprès d'acteurs cibles prioritaires tels que les moteurs de recherche, les services d'hébergement, les régies publicitaires et les acteurs de la publicité ou du paiement en ligne, afin de mobiliser un maximum d'acteurs pouvant contribuer à la lutte contre le piratage.

47. « Signature de l'accord entre les fournisseurs d'accès à internet et les titulaires de droits sportifs visant à protéger les retransmissions sportives », communiqué de presse de l'Arcom du 18 janvier 2023

48. « *Au titre de ces missions, l'autorité prend toute mesure, notamment par l'adoption de recommandations, de guides de bonnes pratiques, de modèles et de clauses types ainsi que de codes de conduite visant à favoriser, d'une part, l'information du public sur l'existence des moyens de sécurisation mentionnés à l'article L. 331-20 du présent code et, d'autre part, la signature d'accords volontaires susceptibles de contribuer à remédier aux atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins ou aux droits d'exploitation audiovisuelle mentionnés à l'article L. 333-10 du code du sport sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne.* »

L'Arcom assure également un suivi de ces engagements volontaires puisqu'elle a pour mission d'évaluer l'efficacité des accords qui auront été conclus.

La mission d'encouragement à la coopération entre titulaires de droits et fournisseurs de services de partage de contenus et l'évaluation des mesures techniques de protection des œuvres (article 17 de la directive droit d'auteur). — L'article 17 de la directive CE 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché numérique a introduit un système de responsabilité spécifique pour les plateformes en ligne qui ont un impact important sur le marché de la diffusion en ligne des contenus culturels. Ces plateformes doivent en effet obtenir une autorisation des titulaires de droits des œuvres ou objets protégés auxquels elles donnent accès (en réalisant ainsi un « *acte de communication au public* » qui relève du droit d'auteur ou des droits voisins). À défaut d'une telle autorisation, il leur appartient de fournir « *leurs meilleurs efforts* » pour rendre indisponibles de telles œuvres ou objets protégés sur leurs services. La loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique a notamment confié à l'Arcom le soin d'évaluer le niveau d'efficacité des mesures de protection des œuvres et des objets protégés, prises par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne afin d'assurer l'indisponibilité de ces œuvres et objets.

Dans le cadre de cette mission, l'Arcom a notamment publié en juin 2022 des questionnaires à destination des fournisseurs de services de partage de

contenu et des titulaires de droits⁴⁹, puis un premier rapport d'évaluation en avril 2023⁵⁰. Il ressort de ce rapport que, jusqu'à présent, seuls les principaux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne ont déployé des mesures techniques d'identification et que de telles mesures apparaissent plus adaptées aux secteurs de l'audiovisuel et de la musique qu'aux autres secteurs de la création⁵¹. Treize recommandations sont formulées par l'Autorité à destination des fournisseurs de services et des ayants droit afin d'améliorer leur collaboration en la matière.

L'Autorité a aussi la charge d'encourager la coopération entre titulaires de droits et fournisseurs de services de partage de contenus en ligne, notamment en vue d'assurer la disponibilité sur le service des contenus téléversés par les utilisateurs qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur.

Enfin, l'Arcom s'est vue doter d'une compétence de règlement de différends entre utilisateurs et ayants droit en cas de litige sur les suites données par le fournisseur de services à une plainte d'un utilisateur dont le contenu aurait été bloqué indûment selon lui.

Les objectifs de la liste des services illicites (article L. 331-25 CPI) : des effets attendus, en complément des listes existantes au niveau européen

49. <https://www.arcom.fr/evaluation-des-mesures-de-protection-des-oeuvres-prises-par-les-fournisseurs-de-services-de-partage-de-contenus-en-ligne-questionnaires-aux-titulaires-de-droits-et-aux-services>

50. https://www.arcom.fr/sites/default/files/2023-05/Evaluation_des_mesures_techniques_identification_des_oeuvres_et_objets_proteges_mises_en_oeuvre_par_les_fournisseurs_de_services_de_partage_de_contenus.pdf

51. L'essentiel – L'évaluation des mesures techniques d'identification : des outils efficaces mais principalement dédiés aux contenus audiovisuels et insuffisamment répandus.

et international. — L'établissement d'une liste des services contrefaisants vise à « assécher les financements de ces sites, et donc l'intérêt pour les pirates de les créer en violation des droits d'auteur⁵². »

L'établissement de listes de services contrefaisants provient notamment des Etats-Unis (« *Review of Notorious Markets for Counterfeiting and Piracy* », publiée à part entière à partir de 2011⁵³) et de l'Union européenne (« *Counterfeit and Piracy markets watch list* », publiée pour la première fois en 2018).

L'intervention d'une autorité publique est requise dans un nombre croissant de pays et permet de garantir la fiabilité d'une telle inscription et d'évaluer son impact (notamment au Brésil, au Danemark, en Inde, en Espagne et au Royaume-Uni).

En application de l'article L. 331-25 du CPI⁵⁴, l'Arcom a pour mission d'établir et de publier une liste de services portant atteinte, de manière grave et répétée, aux droits d'auteur ou aux droits voisins.

Cette liste vise d'une part, à inciter les intermédiaires (principalement de la publicité et du paiement en ligne mais également toute autre personne en relation commerciale avec les services mentionnés sur la liste) à rompre

52. Projet de loi relatif à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique (senat.fr)

53. 2012 Special 301 Out-of-Cycle Review of Notorious Markets : Request for Public Comments, A Notice by the Trade Representative, Office of United States on 08/14/2012

54. « Au titre de la mission mentionnée au 1° de l'article L. 331-12, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique peut rendre publique l'inscription sur une liste du nom et des agissements de ceux des services de communication au public en ligne ayant fait l'objet d'une délibération dans le cadre de laquelle il a été constaté que ces services portaient atteinte, de manière grave et répétée, aux droits d'auteur ou aux droits voisins. »

leurs relations commerciales avec les services identifiés afin d'assécher leurs financements (approche dite « *follow the money* ») et, d'autre part, à informer les utilisateurs afin de prévenir la fréquentation des sites pirates (approche dite « *name and shame* »).

L'inscription sur la liste comporte une procédure d'instruction préalable menée par un rapporteur indépendant. Sur demande de ce dernier, les agents habilités et assermentés de l'Arcom procèdent à la recherche et à la constatation d'une atteinte aux droits d'auteur ou aux droits voisins et peuvent solliciter des titulaires de droits toute information visée au II de l'article L. 331-25 du CPI. Si le rapporteur estime que les éléments constatés justifient l'inscription sur la liste, les constats sont notifiés au service concerné en rappelant les conséquences d'une inscription sur la liste. Le dossier est ensuite transmis au président de l'Arcom.

Le responsable du service litigieux est alors convoqué à une séance collégiale publique afin de faire valoir ses observations. À l'issue de cette séance, le collège de l'Arcom délibère hors la présence du rapporteur sur l'inscription du service en cause sur la liste. La délibération d'inscription est motivée et fixe la durée d'inscription, qui ne peut pas excéder douze mois. Elle est notifiée au responsable du service litigieux et publiée sur le site internet de l'Arcom.

Le paragraphe VI de l'article L. 331-25 du CPI dispose expressément qu'une telle inscription « *ne constitue pas une étape préalable nécessaire à toute sanction ou voie de droit que les titulaires de droits peuvent directement solliciter auprès du juge.* »

Enfin, le service inscrit peut demander à l'Arcom d'être retiré de la liste à tout moment, à condition de démontrer son respect des droits d'auteur et des droits voisins, en application de l'article R. 331-19 du CPI.

Au vu du nombre d'acteurs d'envergure internationale impliqués dans la lutte contre le piratage, il revient enfin à l'Arcom d'initier et d'entretenir des mécanismes de coopération tant au niveau européen qu'international.

B. S'inscrire dans les dynamiques européennes et internationales de lutte contre le piratage et coopérer avec les grands acteurs numériques

Nécessité d'agir à l'échelon pertinent. – Comme indiqué dans le projet stratégique de l'Arcom, « *Face à des phénomènes communs à la plupart des pays et à des acteurs d'envergure mondiale, mais aussi au besoin de proximité exprimé par les publics, l'action du régulateur ne peut plus s'exercer principalement à l'échelon national. Le périmètre d'intervention légitime et pertinent englobe également les échelons local, européen, voire international. La coopération avec les autres régulateurs et avec les grands acteurs numériques mondiaux offre ainsi de nombreuses opportunités pour permettre à nos sociétés de bénéficier pleinement des avantages de la transformation numérique. L'adoption récente du règlement sur les services numériques illustre l'importance d'une approche européenne pour promouvoir les valeurs de notre continent et protéger en ligne les droits et libertés des citoyens*⁵⁵. »

55. Projet stratégique de l'Arcom 2023-2025, p. 10

La lutte contre le piratage implique une collaboration au niveau européen et international tant avec les autres régulateurs qu'avec les grands acteurs du numérique.

Coopération aux niveau européen et international avec les autres régulateurs. – Les moyens de lutte contre le piratage découlant de l'application de la loi française, la coopération de l'Arcom avec ses homologues européens ou internationaux repose sur une démarche purement volontaire. En effet, il n'existe pas à ce jour d'instruments légaux à portée transnationale instaurant des mécanismes de coopération obligatoire, comme c'est par exemple le cas du Règlement 2016/679 Général sur la Protection des Données du 27 avril 2016 (RGPD) en matière de protection des données à caractère personnel ou du Règlement 2022/2065 sur les Services Numériques du 19 octobre 2022 (RSN) en matière de réglementation des plateformes. Des initiatives européennes commencent toutefois à émerger. Comme évoqué précédemment, l'Arcom a par exemple répondu le 15 février 2023 à l'appel à contributions de la Commission européenne concernant le projet de recommandation européenne sur la lutte contre le piratage en ligne de contenus en direct⁵⁶. L'Arcom est également particulièrement attentive aux travaux de L'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) – certains agents de l'Arcom étant d'ailleurs experts nationaux détachés auprès de l'EUIPO – et de la Commission européenne en matière de lutte contre le piratage (exemple de l'approche dite « *follow the money* » au niveau européen).

56. [https://www.arcom.fr/sites/default/files/2023-02/Reponse de l'Arcom a l'appel a contributions de la Commission europeenne relatif a la lutte contre le piratage en ligne de contenus en direct.pdf](https://www.arcom.fr/sites/default/files/2023-02/Reponse_de_lArcom_a_lappel_a_contributions_de_la_Commission_europeenne_relatif_a_la_lutte_contre_le_piratage_en_ligne_de_contenus_en_direct.pdf)

Coopération avec les grands acteurs du numérique. – L'Arcom ne saurait négliger le nécessaire dialogue qu'il convient d'engager avec les grands acteurs du numérique. En effet, la panoplie d'outils de « *droit souple* » dont elle dispose lui permet d'impliquer davantage d'intermédiaires jouant un rôle dans le fonctionnement de l'écosystème du piratage. Le pouvoir d'incitation à la conclusion d'accords volontaires dépasse cependant le cadre national, dès lors que nombre des grands acteurs du numérique sont établis en dehors de la France. Cette approche nécessite donc sans doute un rapprochement avec les autorités locales compétentes susceptibles de favoriser l'adhésion des acteurs concernés qui pourraient trouver avantage à voir conférer un caractère vertueux à leurs activités.

* * *

Les pouvoirs de l'Arcom pour protéger la création, tels qu'ils viennent d'être exposés, ne peuvent atteindre leur pleine efficacité sans que l'Autorité se consacre résolument aussi à renforcer la pédagogie et la sensibilisation auprès des internautes. Comme évoquée en introduction, l'éducation à **la citoyenneté numérique** reste primordiale dans la lutte contre le piratage. Il s'agit de développer des actions propres à accompagner les internautes vers un usage responsable et citoyen du numérique, afin de promouvoir des pratiques en ligne qui soient respectueuses du droit de propriété intellectuelle.

À ce titre, l'Arcom a notamment signé, en janvier 2023, une convention avec le ministère de l'Éducation nationale et de la Jeunesse. Ce partenariat vise à renforcer en milieu scolaire l'éducation aux médias, à l'information et à la

citoyenneté numérique, à développer des actions éducatives communes et à mobiliser les réseaux de chaque institution afin de faire connaître et d'accroître l'impact des actions menées en la matière.

C'est également à ce titre que l'Arcom et le CNC ont élaboré une campagne de communication (« *Merci à vous qui soutenez la création* ») à destination du grand public, dont la diffusion sur les écrans télévisés, dans les salles de cinéma, sur les antennes radios et sur les réseaux sociaux s'est déployée à compter du mois de juin 2023. L'ambition de cette campagne est de sensibiliser à la protection de la création, de promouvoir l'offre légale et de valoriser les publics de plus en plus nombreux qui ont choisi d'accéder aux contenus culturels en ligne en dehors de toute pratique de piratage.

THE CONCEPT OF “PUBLIC” IN INTERNATIONAL COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS LAW

JØRGEN BLOMQVIST¹



PhD, Affiliate Professor of International Copyright Law,

Centre for Information and Innovation Law, University of Copenhagen

1. INTRODUCTION

A key concept in copyright law is that of “public” because it delimits several rights granted by the international conventions, namely the rights of performance, communication and distribution. As regards the right of reproduction it is not used in the conventions, but in national law it

1. PhD, Affiliate Professor of International Copyright Law, Centre for Information and Innovation Law, University of Copenhagen. The article is an adaptation of a Danish language article in Carina Risvig Hamer, Hans Viggo Godsk Pedersen and Nis Jul Clausen (eds.) in *Festskrift til Bent Ole Gram Mortensen*, Copenhagen, DJØF Forlag 2022, pp. 131-149.

frequently applies indirectly where certain limited reproduction for private use is permitted without the rights owner’s authorization.

The relevant provisions in the Berne Convention² are: Article 11 which grants authors of dramatic, dramatico-musical and musical works exclusive rights of authorizing the public performance of their works as well as any communication to the public of the performance of their works; Article 11 *bis*(1) (iii) which grants authors of literary and artistic works exclusive rights of authorizing the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, broadcasts of their works; Article 11 *ter*, which grants authors of literary works rights corresponding to those granted in Article 11 regarding public recitation and communication to the public of recitations of their works; Article 14(1)(ii) which grants authors of literary and artistic works that have been cinematographically adapted and reproduced exclusive rights of authorizing the public performance and communication to the public of their works thus adapted or reproduced; Article 14 *bis*(1) which grants owners of copyright in cinematographic (or audiovisual, as they are most commonly referred to today) works the same rights as Article 14 grants the underlying works; and, indirectly, Article 9(2) which establishes the so-called “three-step-test” for limitations and exceptions regarding the exclusive right of reproduction. Furthermore, the term “public” is part of the definition of the concept of “published works” in Article 3(3). The term itself is not defined in the Convention. It is, however, of great

2. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of September 9, 1886, latest revised at Paris on July 24, 1971.

practical importance as its scope, whether established by statute or through jurisprudence, determines the field of application of the said exclusive rights.

In the Rome Convention,³ the term is used as a circumscription of rights in Articles 7(1)(a) where the protection of performing artists include live communication to the public of their performances; Article 12 regarding equitable remuneration to performers and producers of phonograms for the communication to the public of their commercially published phonograms; and Article 13(d) granting broadcasting organizations rights regarding the communication to the public of television broadcasts in public places against payment of an entrance fee. The term “private” occurs in Article 15(1)(a) permitting exceptions to the protection regarding private use of performances, phonograms and broadcasts.

In the TRIPS Agreement⁴ the term is relevant insofar as Article 9.1 provides that Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention, except for Article 6*bis*. In addition, the term is used in connection with the right of rental to the public in Article 11; the possibility for performers to prevent the communication to the public of their live performance (Article 14.1); and the right of broadcasters to prohibit the communication to the public of their television broadcasts (Article 14.3).

3. Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations of October 26, 1961.

4. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, of April 15, 1994.

In the WCT,⁵ Article 1(4) likewise incorporates Articles 1 to 21 of the Berne Convention by reference, and furthermore the term “public” is used in Article 6 (the right of distribution), Article 7 (the right of rental), Article 8 (the right of communication to the public), and Article 12 (rights management information). Similarly, in the WPPT,⁶ the term is used in the parallel articles granting the said rights wholly or partially, that is, Articles 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 and 19; in the definitions of “publication”, “broadcasting” and “communication to the public” (Article 2(e), (f) and (g); as well as in the right of communication to the public of live performances (Article 6(i)). In the BTAP,⁷ the term is used likewise in the articles, more or less repeating or substituting the substantive provisions of the WPPT, that is, Articles 2(c) and (d), 6(i), 8, 9, 10, 11 and 16.

2. THE TERM “PUBLIC” AND ITS USE IN THE BERNE CONVENTION

The term “public” is an antonym to “private” and its ordinary meaning designates something which is “[o]pen to general observation, view, or knowledge; existing, performed, or carried out without concealment, so that all may see or hear.”⁸ “Private”, on the other hand, designates something which is “[r]estricted to one person or a few persons as opposed to the wider community [...]”⁹ Obviously, when used as a legal term these definitions are

5. WIPO Copyright Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996.

6. WIPO Performances and Phonograms Treaty, adopted in Geneva on December 20, 1996.

7. Beijing Treaty on Audiovisual Performances of June 24, 2012.

8. Oxford English Dictionary <https://www.oed.com/view/Entry/154052?rskey=ocwaXF&result=1#eid>, accessed on February 22, 2023.

9. *Idem*, at <https://www.oed.com/view/Entry/151601?rskey=sQ8ccw&result=1#eid>, accessed on February 22, 2023.

only of limited help. The legal challenge is to find an operational delimitation in the area between “general”, “without concealment”, or “all”, on the one hand and “one person or a few persons” on the other. Indeed, there is reason to assume that the two concepts are specific technical terms in the field of copyright and, so far, it seems justified to use the specific copyright meaning of the terms, because that would clearly be the meaning intended by the parties when adopting an international convention on that subject-matter.¹⁰ For now, at least, it can be noted that the term was in widespread use with a technical meaning in various national copyright laws when the Berne Convention was adopted in 1886 and also when it was later revised. Therefore, it can probably be assumed that the parties had that scope of meanings in mind when they used the term in the Convention, even if it may not have been very specific and, indeed, was varying among the countries of the Union.

As to the context in which the term was used,¹¹ there does not seem to have been any clarifying agreement relating to the Convention, which was made between all the parties in connection with the conclusion of the Convention. As regards instruments made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty¹², there is reason to examine the general reports made at the diplomatic conferences adopting the relevant Acts of the Convention. This is so because at the 1948 Diplomatic Conference in Brussels and at the Revision Conference in Stockholm in 1967, the conferences unanimously

10. Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969 (henceforth VCLT), Article 31(4).

11. VCLT Article 31(2).

12. VCLT Article 31(2)(b).

adopted general reports, summarizing the discussions of the Conference and explaining the adopted treaty provisions.¹³ The same was the case at the adoption of the Rome Convention.¹⁴ At the other revision conferences regarding the Berne Convention, the diplomatic conferences did not adopt the reports in their plenaries. They were reports of the work of the main committees, charged with the negotiation of the substantive provisions, or the work of a drafting committee, and they were adopted by those committees, which were not exclusive, but open for all the Union member states present at the respective conferences, and they did not meet any opposition or reservations in the plenary discussions at the conferences.¹⁵ These reports summarize the

13. *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, 1951, Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Switzerland (henceforth *Records Brussels*), 93-109 at 79f (summary minutes of its adoption) (the General Report is also available in English in *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works from 1886 to 1986*, 1986, WIPO Publication No. 877E (henceforth *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*), 178-184; *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (1967)*, 1971, WIPO, Switzerland (henceforth *Records Stockholm*), 1131-1191 (Report of Main Committee I), 771 (Rules of Procedure establishing Main Committee I with no limitation as to participation), 930-931, 936-939 (adoption of the Report by Main Committee I). See also *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000 (henceforth WT/DS/160/R), paragraph 20.

14. *Records of the Diplomatic Conference on the International Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, Rome, 10 to 26 October 1961*, 1968, ILO, UNESCO, BIRPI (henceforth *Records Rome 1961*), 33-59 (Report of the Rapporteur-General), 117-132 (summary minutes of its adoption).

15. *Actes de la Conférence réunie à Paris du 15 avril au 4 mai 1986*, 1897, Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Switzerland, 159-181 (Report, presented by the French Delegation on behalf of the Committee (available in English in *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 136-143)), 98f (Rules of Procedure, in which Article 4 permits the establishment of the Committee open for all Union member states); *Actes de la Conférence réunie à Berlin du 14 octobre au 14 novembre 1908 avec les actes de ratification*, 1910, Bureau de l'Union internationale littéraire et artistique, Switzerland (henceforth *Records Berlin*), 225-277 (Report, presented to the Conference in the name of its Commission and adopted by the Commission on 11 November, 1908 (available in English in *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 144-161)), 154 (Rules of Procedure, in which Article 4 permits the establishment of the Committee open for all Union member states); *Actes de la conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928*, 1929, Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Switzerland (henceforth *Records Rome 1928*), 192-220 (General report of the Drafting Committee (available in English in *1886 – Berne Convention Centenary – 1986* 168-177)), 155f (Rules of Procedure, in which Article 5 permits the establishment of the Committee open for all Union member states, as well as

discussions and explain the adopted texts, and to the extent that they express common views regarding the understanding of the adopted text they can be understood as part of the context, rather than just supplementary means of interpretation.¹⁶ As background for the examination of these texts it is useful to sketch up the historical background of the discussed provisions, even if it has only a secondary role in the interpretation of treaty provisions.¹⁷ Since the granting of rights was typically discussed in close connection with the associated limitations and exceptions, provisions to that effect must also be taken into consideration.

a. The Berne Act

From the outset, the term “public” was used in the Berne Convention as a circumscription of the scope of the right of performance, in Article 9 of the 1886 Berne Act.¹⁸ In its substance, however, the provision simply indicated that Article 2 of the Convention on national treatment applied to the right of public performance. The term “public” therefore did not as such bind the Union Members to any particular understanding thereof. It only implied that whatever the meaning of the term would be under national law, it should also apply to works originating in other Union member countries.

sub-committees), 313f (adoption of the report by the Conference plenary); *Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948*, 1951, Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Switzerland (henceforth *Records Brussels 1948*), 94-109 (General Report), 79f (approval by the plenary).

16. VCLT Article 32.

17. *Idem*.

18. *Actes de la 3^e Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 6 à 9 septembre 1886*, 1886, Bureau de l'Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Switzerland (henceforth *Actes 1886*), 32; *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 227.

This confirms that in the original Berne Act, the term “public” was used as a term with a special meaning, referring to the one adopted in national law. As the Convention did not regulate the specific meaning of the term, it left the determination thereof to national law.

b. The Berlin and Rome Acts

The provision was discussed at subsequent revision conferences, and it was amended in various respects in the 1908 Berlin Act, now as Article 11, but its basic structure and thereby its reference to the understanding of the term “public” remained unchanged until the 1948 Brussels Act.

The Commission Report of the Berlin Conference, however, explicitly referred to the significant flexibilities for national law in implementing the right, in particular regarding the possibilities of establishing certain limitations and exceptions:

Notable progress has thus been achieved; however, composers of music, whose copyright is thus better asserted, must not think that, henceforward, their works can no longer be publicly performed without their authorization in the territory of the Union. They have to reckon with national legislation which may authorize such performance under certain conditions and to which, in this respect, the 1886 Convention confines itself to referring the matter, as does our draft. As an example we can give the provision contained in Article 27 of the German Copyright Law of June 19, 1901: “The copyright owner’s consent shall

not be required for public performances of a published musical work which are not organized for any gainful purpose and which the audience may attend free of charge. Furthermore, similar performances to which the copyright owner has not given consent shall be permissible in the following cases: (1) when they take place at fairs and festivals, with the exception of musical festivals; (2) when the proceeds are to go exclusively to a charity and the performers obtain no remuneration for their services; (3) when they are organized by societies or clubs and the audience is confined to members, including their families. [...]¹⁹

The Berlin Revision Conference did, however, in its Articles 13(1)(ii) and 14(1) expand on the right of public performance, but only in relation to the performances by means of mechanical reproductions of musical works and the cinematographic reproduction and public performance of literary, scientific or artistic works. The Report does not reflect any discussions on the term “public” which here for the first time was used as a term of the Convention itself, rather than a mere reference to national law.²⁰ Likewise there was apparently no discussion of the term in connection with Article 11(2) which protected authors of dramatic or dramatico-musical works against public performance of translations of their works.

These provisions were carried on in the Rome Act without changes of importance to the understanding and interpretation of the term “public». It

19. *Records Berlin*, 256; 1886 – *Berne Convention Centenary – 1986*, 154.

20. *Records Berlin*, 260f; 265f; 1886 – *Berne Convention Centenary – 1986*, 155f; 157.

remained an empty shell, the contents of which was left for national law to establish.²¹

c. The Brussels Act

At the Brussels Conference, it was proposed that the right of public performance should be established as a minimum right under the Convention. Eventually, the new right was placed in Article 11 of the Brussels Act, and applied alongside the rights of public performance by means of mechanical reproductions (Article 13(1)(ii)) and by means of cinematographic adaptations (Article 14(1)(ii)). Furthermore, the Conference inserted a new provision in Article 11 *bis*(1)(iii) adding to the right of broadcasting a right to “the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work”. The preparatory memorandum for the Conference, prepared by the Berne Bureau, mentioned some examples of such instances where broadcasts were communicated by loudspeaker, namely cinemas, restaurants, hotels, tearooms, railway compartments and shops.²²

The document discussed at length the existing national implementation of the general right in Article 11, both in terms of its scope, exceptions and limitations and the possibilities for public supervision of collecting societies.²³ Furthermore, proposals from Denmark, Finland, Norway and Sweden, as well

21. Stephen P. Ladas: *The International Protection of Literary and Artistic Property, Volume 1: International Copyright and Inter-American Copyright*, The Macmillan Company, 1938, United States of America, 400f.

22. *Records Brussels*, 266.

23. *Idem*, 252ff.

as Austria, dealt with limitations and exceptions to the right.²⁴ They were not included in the Convention, but it was agreed that they should be referred to in the General Report,²⁵ as discussed below. What is particularly interesting in the present context is that Hungary also proposed a text according to which performances in the family or domestic circle as well as in educational establishments should not be considered public.²⁶ That proposal, however, was not maintained after the discussions in the Committee, because it was found that the text in the General Report regarding limitations and exceptions would settle the Hungarian concerns.²⁷ In the end, the right of public performance was transformed from a mere provision mandating national treatment into a minimum right. That, however, did not entail any changes in its substantive scope and contents as the following remark from the sub-committee dealing with the issue shows:

The various delegations in this Sub-Committee formally declared that their agreement and hence unanimity on this text were subject to the condition that the following statement should appear in the general report: "The wording as now adopted in Article 11(1) makes no substantive change to the import of the text as it appears in the Berne Convention according to the Berlin and Rome revisions, given that certain exceptions admitted by some Union countries for clearly defined cases have no international import."²⁸

24. *Idem*, 258.

25. *Idem*, 263f.

26. *Idem*, 259.

27. *Idem*, 262.

28. *Idem*, 128; *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 191.

The General Report reflected this in the following way:

We are bound to draw the following conclusions from the debate, and in particular from the last discussion inspired by the report of the Sub-Committee: the right of performance has not been substantively altered in either character or extent. Its form is now beyond discussion, and it is protected against tendentious interpretation. It takes the form of an exclusive right in favour of the author to authorize public performance and transmission. [...]²⁹

Otherwise, the General Report of the Brussels Revision Conference does not mention any substantive discussion of the meaning or interpretation of the term “public”.

The possible exceptions and limitations to the right of public performance were, as mentioned above, addressed by the General Report of the Brussels Conference, which was prepared by Marcel Plaisant of the Belgian delegation. The issue gave rise to the following remarks:

Your Rapporteur-General has been entrusted with making an express mention of the possibility available to national legislation to make what are commonly called minor reservations. The Delegates of Norway, Sweden, Denmark and Finland, the Delegate of Switzerland and the Delegate of Hungary have all mentioned these limited exemptions allowed for religious ceremonies, military bands and the needs of child

29. *Records Brussels*, 100; *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 181.

and adult education. These exceptional measures apply to Articles 11 *bis*, 11 *ter*, 13 and 14. You will understand that these references are just lightly pencilled in here, in order to avoid damaging the principle of the right.³⁰

The text was placed in the part of the General Report dealing with Article 11, so it must be understood as applying to that Article in addition to the other Articles listed in the statement.

d. The Stockholm and Paris Acts

At the 1967 Stockholm Revision Conference only some minor changes were made to Article 11, including that it was expanded to cover “public performance by any means or process”. Thereby it absorbed the provision in Article 13(1)(ii) of the Brussels Act on public performance by means of recordings, which consequently was repealed. Also Article 11 *ter* on public recitation was expanded to cover recitations made from mechanical reproductions. Article 11(2) regarding public performance of dramatic and dramatico-musical works was expanded to cover not only translations of such works, but also the original works. The General Report does not contain any references to discussions in these contexts of the term “public”.

Regarding limitations and exceptions, the General Report explicitly referred to the text regarding the minor reservations in the Brussels revision conference General Report and added:

30. *Records Brussels*, 100; *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 181.

It seems that it was not the intention of the Committee to prevent States from maintaining in their national legislation provisions based on the declaration contained in the General Report of the Brussels Conference. [...].³¹

In the context of the right of reproduction in Article 9 of the Convention, the Conference had in-depth discussions on the permissibility of limitations and exceptions, and even if at that time these discussions did not have any direct bearing on the requirement of “public” use linked to the performance and communication rights, the later repercussions of those discussions in the TRIPS Agreement and the WCT make it relevant to mention them here. The right of reproduction was introduced into the Convention at the Conference, and even in the series of meetings of government representatives preceding the Conference, it became clear that the issue of limitations and exceptions to that exclusive right had to be addressed. The overall intentions were set out in the “Programme” for the Conference, a document prepared by a study group established by the host Government of Sweden and the International Bureau.

Concerning the limitations and exception, the document stated:

In this connection, the Study Group observed that, on the one hand, it was obvious that all forms of exploiting a work which had, or were likely to acquire, considerable economic or practical importance must in principle be reserved to the authors; exceptions that might restrict the possibilities open to the authors in these respects were unacceptable. On

31. *Records Stockholm*, 111f; *1886 – Berne Convention Centenary – 1986*, 204.

the other hand, it should not be forgotten that domestic laws already contained a series of exceptions in favour of various public and cultural interests and that it would be vain to suppose that countries would be ready at this stage to abolish these exceptions to any appreciable extent.³²

The document went on to propose that the Convention should provide that

[...] it shall be a matter for legislation in the countries of the Union, having regard to the provisions of the Convention, to limit the recognition and the exercising of [the] right [of reproduction] for specified purposes and on the condition that these purposes should not enter into economic competition with these works.³³

In the explanatory remarks to this proposal, it was stated that:

[...] all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the authors.³⁴

At the Conference itself, certain specific exceptions were discussed, such as reproduction for private use and for judicial and administrative purposes, and adding others was also proposed, but eventually it became clear that it would be difficult to agree on such provisions. Instead, the Conference agreed

32. *Records Stockholm*, 111f.

33. *Idem*, 112.

34. *Idem*.

on the generally formulated three-step-test which was adopted as Article 9(2). The General Report contains the following explanation of the provision:

If it is considered that reproduction conflicts with the normal exploitation of the work, reproduction is not permitted at all. If it is considered that reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Only if such is not the case would it be possible in certain special cases to introduce a compulsory license, or to provide for use without payment. A practical example might be photocopying for various purposes. If it consists of producing a very large number of copies, it may not be permitted, as it conflicts with a normal exploitation of the work. If it implies a rather large number of copies for use in industrial undertakings, it may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, provided that, according to national legislation, an equitable remuneration is paid. If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use.³⁵

In view of the technological development that has taken place during the more than 55 years that have passed since these examples were given, and the increased ease and much lower costs associated with photocopying and other forms of reproduction, today one should probably mainly attach importance to the principles laid out in the comment, rather than the specific examples.

35. *Idem*, 1145f

The latest Act of the Convention, the 1971 Paris Act, reproduces unchanged the substantive provisions of the Stockholm Act, except for the specific provisions regarding developing countries, and it therefore does not contribute to the understanding of the issues under discussion here.

e. Summary of the development

As regards the interpretation of the term “public”, this examination of the historical development of Article 11 of the Berne Convention confirms what can be understood from the text of the provision and its context: it is based on the state of national law as it was when the Convention was first adopted and as it has later evolved between the revision conferences. The general reports and the records in general do not bear witness to any common intention of the Contracting Parties to regulate in detail the understanding of the term *jure conventionis*. It is, however, justified to assume that there is a normative intention in using the word. The minimum rights certainly cover uses where there is general availability for the population in general or for large groups thereof, and they do not cover cases where works are used within the family circle and its closest acquaintances. Nevertheless, in-between a gray area remains where at least to some extent it is left for national law to determine the delimitation.

This is not to say, however, that national legislators are free to adopt any definition they may please. In particular, it is worth recalling that at the only occasion where the issue was discussed, at the Brussels Revision Conference, the resulting agreement was to deal with the issue in the context of the

permitted limitations and exceptions (the “minor reservations”). In that area, further guidance can be found in later developments.

3. THE ROME CONVENTION

Like the Berne Convention, the Rome Convention uses the term “public”, but there is no trace in the Records³⁶ suggesting that the understanding of that concept was subject to discussion. On the other hand, it was clear from the outset that the Convention belonged to the same family as the Berne Convention and the – at the time still relevant – Universal Copyright Convention. Under Article 14, being a party to one of those copyright Conventions was a precondition for becoming party to the Rome Convention.

This may be interpreted as a hint that terms in general use in the field of copyright in literary and artistic works were used in the Rome Convention with the same understanding. Adopted in 1961, the Rome Convention was negotiated when the 1948 Brussels Act of the Berne Convention was the most recent version of that Convention. It may be recalled that the Brussels Act had already transformed the right of public performance from a mere requirement of national treatment into a minimum right and thus the term “public” had assumed a meaning of its own under the Convention. The WIPO Guide to the Convention written by Claude Masouyé does not comment on this possible link between the Conventions directly, but in connection with the existing national case law regarding the remuneration right for, among others, communication to the public, granted in Article 12, the guide states that

36. *Records Rome 1961*.

“[t]here are court decisions on the amounts payable and on the interpretation of the laws in force on the subject.”³⁷

Also in the field of limitations and exceptions, there are strong links between the copyright conventions and the Rome Convention. Article 15 of the latter states that national law may provide for exceptions in four explicitly mentioned areas (private use; short excerpts in reporting of current events; ephemeral fixations; and use for teaching and research), but its paragraph (2) adds a general permissibility of applying the same limitations as the national law provides for in relation to literary and artistic works, except for certain compulsory licenses. In practice, this means that whatever is permitted under the Berne Convention, except for the compulsory licenses for broadcasting under Article 11*bis*(2) and for mechanical reproduction under Article 13, is also allowed under the Rome Convention.

Thus, the term “public” was already employed in a highly relevant existing international instrument governing “neighboring” subject matter, and there were no further clarification in the quite detailed General Report. On this background, it seems safe to assume that the term at least initially should be understood in the latter Convention in the same way as in the Brussels Act of the Berne Convention.

37. Claude Masouyé: *Guide to the Rome Convention and to the Phonograms Convention*, WIPO publication 617(E), 1981, Switzerland 1981, 48.

4. THE CLARIFICATIONS OBTAINED IN THE TRIPS AGREEMENT, THE WCT AND THE WPPT

The adoption in 1994 and 1996, respectively, of the TRIPS Agreement, the WCT and the WPPT is also relevant for the understanding of the term “public”, although they do not contain any explicit clarification of the term. Indeed, if they were supposed to establish a subsequent agreement on the interpretation of the Berne and Rome Conventions, they would need to be accepted explicitly or tacitly by all contracting parties.³⁸ That is not the case, because not all countries party to the Berne or Rome Conventions have joined the relevant new instruments. While the WCT and the WPPT have been offered to all WIPO Member States by being open for their acceptance and ratification, the offer has not been accepted by all, and for those countries that have not accepted it, one cannot talk of any subsequent agreement. Nevertheless, the WCT, the WPPT and the TRIPS Agreement may assume importance as subsequent practice in the application of the Conventions, provided that they establish the agreement of the parties regarding their interpretation.³⁹ In this respect, a tacit understanding can be established as long as the practice is uniform and there is good evidence that the other parties have endorsed it.⁴⁰ Furthermore, the WCT, the WPPT and the TRIPS Agreement may also be considered relevant rules of international law

38. VCLT Article 31(3)(a).

39. VCLT Article 31(3)(b).

40. Richard Gardiner: *Treaty Interpretation*, Second Edition 2015, Oxford University Press, United Kingdom, 267.

applicable in the relations between the parties, which are also of importance in the interpretation of international treaties.⁴¹

In this respect, particular attention may be paid to two things that relate to the limitations and exceptions permitted under the Berne Convention. First, through Article 13 of the TRIPS Agreement, Article 10 of the WCT and Article 16 of the WPPT, the three-step-test was established as a general norm applying, as far as the TRIPS Agreement and the WCT are concerned, to both the rights granted under the Berne Convention, as adopted through reference by the two former instruments, and to the rights specifically granted under those instruments. As to the WPPT, the test provided a norm for related rights which corresponded better to the parallel copyright norms than the provision in Article 15 of the Rome Convention. Furthermore, the scope of application of the test was enlarged to cover all rights, not just the right of reproduction as under the Berne Convention. In this way, the minor exceptions doctrine of the Berne Convention was merged with the three-step-test. Thus, the three-step-test applies to all the rights granted under the WCT and the TRIPS Agreement – including the rights adopted by reference to the Berne Convention – and it also codifies the minor exceptions. In addition, the same possibilities for limitations and exception for both copyright and the related rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations are now explicitly confirmed, although they effectively already existed by means of the provision in Article 15(2) of the Rome Convention permitting all the limitations and exceptions that the national legislation in

41. VCLT Article 31(3)(c).

question also applies regarding the copyright protection of literary and artistic works.

Second, a panel decision under the WTO Dispute Resolution Arrangement has thrown light on the interpretation of the three-step-test and its application to limitations and exceptions regarding the right of public performance. The decision is comprehensive and voluminous, but for the present purposes a few salient points may be recalled:

- In order to be a “special” case, the limitation or exception must be limited in its field of application or exceptional in its scope. In other words, it should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense. This suggests a narrow scope as well as an exceptional or distinctive objective. Seen in the context of the second step disallowing conflict with a normal exploitation, an exception or limitation should be the opposite of a non-special, i.e. a normal case.⁴²
- Even if the possible income to the right owner from each user may be very small, it is the accumulation of user establishments which counts.⁴³
- The term “normal” has both an empirical or quantitative aspect relating to the degree of “market displacement” and a qualitative aspect relating to what is “conforming to a type or standard”, which includes, *inter alia*, a dynamic element capable of taking into account technological and

42. *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000, 33.

43. *Idem*, 46.

market developments. Based on the preparatory works of the Stockholm Conference, quoted above,⁴⁴ the Panel found that the exploitation covered by the second step should cover in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance. In contrast, exceptions or limitations would be presumed not to conflict with a normal exploitation of works if they are confined to a scope or degree that does not enter into economic competition with non-exempted uses.⁴⁵

- Exceptions or limitations conflict with the normal exploitation, if the permitted uses enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from the right in question and thereby deprive them of significant or tangible commercial gain.⁴⁶
- In the third step, the notion of “interest” is not necessarily linked to actual or potential economic advantage or detriment, but also more generally to something that is of some importance to a natural or legal person.⁴⁷

44. Footnotes 32 to 34, above.

45. *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000, 47f.

46. *Idem*, 48.

47. *Idem*, 57f.

- “Legitimate” can refer to lawfulness, but the term has also the connotation of justifiable in the light of the objectives that underlie the protection of exclusive rights.⁴⁸
- The term “not unreasonable” connotes a slightly stricter threshold than “reasonable” which means “proportionate”, “within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate”, or “of a fair, average or considerable amount or size”. In the view of the Panel, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner.⁴⁹
- A non-commercial character of the use is not determinative, provided that the exception contained in national law is indeed *minor*. Non-commercial uses of works, e.g., in adult and child education, may reach a level that has a major economic impact on the right holder.⁵⁰

It is noteworthy that among the factors emphasized by the panel decision, those of economic nature seem to be dominant. While it does not stand alone, the actual or potential harm to the rights holders’ interests in the eyes of the Panel seems central to the determination of whether the conditions of both the second and the third step are fulfilled.

48. *Idem*, 58.

49. *Idem*, 58f.

50. *Idem*, 22.

5. OTHER INTERNATIONAL AGREEMENTS

a. The TRIPS Agreement

The TRIPS Agreement does not contain any definition of the term “public”, but such a definition was subject to discussion during the negotiations. Thus, in the so-called “Chairman’s text” from July 1990, there was a draft definition which included as public communications made “in a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered” as well as interactive communications that can be received by members of the public at places or times of their choice.⁵¹ The Brussels Draft from December 1990 did not attempt to define the concept, but it framed it in terms borrowed from the last two steps of the three-step-test, stating that “[t]he term ‘public’ shall not be defined in the domestic law of PARTIES in a manner that conflicts with a normal exploitation of a work and unreasonably prejudices the legitimate interests of rights holders.”⁵² The draft also referred to the concept in the Article dealing with limitations and exceptions which read:

PARTIES shall confine any limitations or exceptions to exclusive rights (including any limitations or exceptions that restrict such rights to

51. Daniel Gervais: *The TRIPS Agreement, Drafting History and Analysis, Fifth Edition 2021*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, United Kingdom, 322; Mihály Ficsor: *The Law of Copyright and the Internet. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation (2002)*, Oxford University Press, United Kingdom, 166; Jayashree Watal & Antony Taubman (eds.): *The Making of the TRIPS Agreement, Personal Insights from the Uruguay Round Negotiations, 2015 World Trade Organization, Switzerland*, 384.

52. Gervais 2021, 322; Ficsor 2002, 166.

‘public’ activity) to clearly and carefully defined special cases which do not impair an actual or potential market for or the value of a protected work.⁵³

None of these draft texts found their way into the final Agreement, and since the negotiations were not published as summary minutes, it is not evident why they were abandoned.⁵⁴ It seems likely, however, that the issue was left out of the compromise proposals simply because it was too controversial.⁵⁵

b. The NAFTA Agreement

In an international instrument of a regional nature, a specific definition of the term “public” has been included. Article 1721 of the now historic North America Free Trade Agreement (NAFTA) between Canada, Mexico and the United States of America defined for the purposes of the right of communication to the public and public performance the term “public” as

any aggregation of individuals intended to be the object of, and capable of perceiving, communications or performances of works, regardless of whether they can do so at the same or different times or in the same or different places, provided that such an aggregation is larger than a family and its immediate circle of acquaintances or is not a group comprising a limited number of individuals having similarly close ties

53. *Watal & Taubman 2015*, 385.

54. *Ficsor 2002*, 166.

55. Adrian Otten: *The TRIPS negotiations: An overview*, in *Watal & Taubman 2015*, 55-78, at 68.

that has not been formed for the principal purpose of receiving such performances and communications of works.

The 2020 Free Trade Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada does not contain a similar provision.

6. EXAMPLES OF REGIONAL AND NATIONAL LAW

a. The European Union

In the European Union, copyright and related rights are only partially harmonized, and the exact scope of harmonization is not always clear. On the one hand, in particular Article 3 of the Infosoc Directive⁵⁶ harmonizes the right of communication to the public of works and of, *inter alia*, the rights of making available to the public of fixations of performances and of phonograms. The right of public performance, on the other hand, is not covered by the harmonization, but the right to equitable remuneration for communication to the public of commercially published phonograms is harmonized in Article 8(2) of the Rental, Lending and Related rights Directive.⁵⁷ It has, however, in a number of cases by the Court of Justice of the European Union (CJEU) been stated that harmonized terms in European law unless otherwise indicated in the relevant provisions must be given a uniform interpretation in

56. 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.

57. Directive 2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 (codified version) on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property.

all the member States.⁵⁸ In the absence of any CJEU decisions regarding the term public in relation to performances, it is therefore not obvious whether a European harmonization has taken place in that area, but it is not unlikely either.

In several cases, the CJEU has elaborated on the understanding of the concept “communication to the public”. Thus, among others it is stated that: “the term ‘public’ refers to an indeterminate number of potential recipients and implies, moreover, a fairly large number of persons”;⁵⁹ “the cumulative effect of making the works available to potential recipients should be taken into account. It is in particular relevant in that respect to ascertain the number of persons who have access to the same work at the same time and successively”;⁶⁰ the person organizing the communication does it “not just by providing a technical means to ensure or improve reception of the original broadcast in the catchment area”;⁶¹ “to be categorised as a ‘communication to the public’, a protected work must be communicated using specific technical means, different from those previously used or, failing that, to a ‘new public’, that is to say, to a public that was not already taken into account by the copyright holders when they authorised the initial communication to the public of their work”;⁶² “it is relevant that a ‘communication’, within the meaning of Article 3(1) of [the Infosoc Directive], is of a profit-making nature”;⁶³ “when the

58. See for example C-306/05 of 07.12.2006 (SGAE) paragraph 31; C-5/08 of 16.07.2009 (Infopaq) paragraph 27 ff.

59. C-117/15 (Reha Training) paragraph 41.

60. C-351/12 (OSA) paragraph 28.

61. C-306/05 (SGAE) paragraph 42.

62. C-527/15 (Filmspeler) paragraphs 33 and 47.

63. C-160/15 (GS Media) paragraph 38.

posting of a hyperlink to a work freely available on another website is carried out by a person who, in so doing, does not pursue a profit, to take account of the fact that that person does not know and cannot reasonably know, that that work had been published on the internet without the consent of the copyright holder.”⁶⁴ Furthermore, the CJEU has stated that: “[t]he court has [...] specified that, the concept of ‘communication to the public’, within the meaning of Article 3(1) of [the Infosoc Directive], requires an individual assessment [...]”. “For the purposes of such an assessment, account has to be taken of several complementary criteria, which are not autonomous and are interdependent. Those criteria must, moreover, be applied both individually and in their interaction with each other, in so far as they may, in different particular situations, be present to widely varying degrees [...]”.⁶⁵ In more specific terms, a number of decisions of the CJEU have determined whether communications were to the public or private in various different situations, but it is not necessary to analyze them in detail here.

b. France

The French Copyright Act⁶⁶ defines in Article L122-2 performance (*représentation*) as the communication of the work to the public by any process, including public recitation and similar performances, and telecommunication. Thus, the requirement that the work reaches “the public” is part of the definition of the right. Article L122-4, is worded in a broader fashion in that

64. *Idem* paragraph 47.

65. C-392/19 (VG Bild-Kunst) paragraph 33f.

66. *Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 22 mai 2020)* <https://wipolex.wipo.int/en/legislation/details/19865> (accessed on March 19, 2021).

it states that any *répresentation*, in whole or in part, without the consent of the author or owner of the rights is illicit. Given the more narrow definition of *representation*, however, one would easily get the impression that only public performances, etc. would be covered. Article L122-5, on the contrary, gives the impression that it is a very broad right which covers both public and private performances, which is then narrowed down by a limitation in the said Article, which states that when the work with the author’s consent has been made available to the public, the author cannot prohibit private and gratis performances made exclusively in a family circle.

Jurisprudence has held that the notion of “family circle” used in this Article does not exactly match the same expression’s meaning in common language; it has been defined by jurisprudence as the meeting of parents, relatives, close friends, having regular contacts in a circle of intimacy.⁶⁷ On the other hand, it is irrelevant whether the performance is for profit, or the public is real, potential or virtual. The criterion is qualitative, looking at whether the individual person reached by the performance is part of the family circle, and not quantitative, requiring a certain number of persons to be involved.⁶⁸

c. Germany

According to § 15(3) of the German Copyright Act, “[t]he communication of a work shall be deemed public if it is intended for a plurality of members of the public. Anyone who is not connected by a personal relationship with

67. Benoit Galopin & Julie Groffe, *France*, in *Copyright Throughout the World*, Thomson Reuters, Rel. 7, 11/2015, 15-61.

68. Pierre Sirinelli: The Right of Communication to the Public, [RIDA](#) vol. 256, 04/2018, 77.

the person exploiting the work or with the other persons to whom the work is made perceivable or made available in non-material form shall be deemed to be a member of the public.” At the same time, being a Member state of the European Union, Germany follows European law, including the determination of communications to the public.

As regards gatherings of family and friends taking place in hired facilities, there have been a few decisions by German courts confirming that the size alone is not decisive when determining whether a festivity amounts to a public event. For instance, the District Court of Stuttgart has decided that a graduation ball with 530 guests did not amount to be public as – in line with the criteria of the CJEU – the act of making available was limited only to people who were invited to the ball (private circle) and had a relationship to the students. The Court reasoned that the limited number of addressees was further supported by the fact that the location only offered limited space of 1000 sq m.⁶⁹

d. United States of America

§ 101 of the Copyright Act of the United States of America contains the following definition:

To perform or display a work “publicly” means— (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social

69. AG Stuttgart, 5 February 2019 – 4 C 4895/18.

acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.

In connection with the discussions of the bill in Congress, it was pointed out that – to some extent contrary to the earlier legislation as interpreted in jurisprudence – the intention was that “performances in ‘semipublic’ places such as clubs, lodges, factories, summer camps, and schools are ‘public performances’ subject to copyright control.”⁷⁰ The right is granted in § 106(4) as an exclusive right “in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly”. Certain exceptions to the right are contained in *inter alia* § 110 of the Act, and particularly those contained in paragraph (5) of that Section were adjudicated in the WTO panel decision which is referred to under part 4, above, but as exceptions to the right granted they do not affect the understanding of the term “public”.

e. Denmark

In the Danish Copyright Act,⁷¹ section 2(1) and (3) grant an exclusive right to dispose of the work by, *inter alia*, public performance. That concept,

70. H.R. Rep. No. 94-1476, at 64; S. Rep. No. 94-473, at 60.

71. Lov om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker, Consolidated Law 1144 of October 23, 2014, as latest amended by Law 2607 of December 28, 2021. Available in English

in its turn, is further elaborated in paragraph (4), according to which it includes communication to the public with or without wire, including broadcasting and interactive communication, as well as performance at a place of business before a large group, which would otherwise have been considered not public. Over the years, a considerable number of court decisions have elaborated the concept of public vs. private, in particular in the field of public performance of musical works. These shall not be described here, but in brief the distinction is primarily a matter of whether there are personal ties between those who decide on and are responsible for the music performance and the audience. Ties among the members of the audience are not decisive, even though a number of decisions also look at that relation. In addition, a number of other auxiliary criteria have supplemented the main criterion, such as the potential (and sometimes also the actual) size of the audience; the size of the venue; whether access to the venue is open for anybody or at least for larger generally circumscribed parts of the population, such as women, retirees, stamp collectors, etc.; and whether the performance is advertised to the general population.⁷²

In recent years, however, the Danish Supreme Court has made decisions which tend to expand the area where performances or communications are considered private, for example by stating that the aforementioned rule in paragraph (4) on performances in businesses for large groups, which would otherwise have been considered not public, does not apply when isolated

or with automated translation tools, in its state as of October 23, 2014, at <https://wipo.lex.wipo.int/en/legislation/results?countryOrgs=DK&subjectMatter=11&typeOfText=205&last=true> (last visited on February 27, 2023).

72. Morten Rosenmeier: *The Implications of EU Law for the Distinction Between Public and Private in Copyright Law*, NIR 2016, 441-478 (in Danish), 442ff.

performances take place before a multitude of individual persons or several smaller groups within the same enterprise.⁷³ Likewise, in a controversial decision, the Court has found that music performance in youth clubs, run by public authorities under the social legislation, is not public, emphasizing, *inter alia*: the general purposes of the legislation which includes building a community and trustful relationships among the individual club members and the adult staff; that the total membership and the actual attendance is not bigger than what enables such community and building of relations; that the use of music is a part of the realization of the wider-ranging social purposes of the activities in the clubs; and that it takes place as part of social contacts among children and adolescents in the régime of clubs as an alternative to social contacts in their homes.⁷⁴ Likewise, in a case regarding use of music in the training of gymnastics in individual groups in sports associations, the Court found that such associations are non-profit and based on voluntary unpaid work, rooted in the local communities and work for the promotion of social relations among the members. Each group where music is used contains a limited number of participants. The use of music is an important, but not the primary, element and participants must have become members of the association and joined the individual group for a full season and they could not choose group and time for each session. Assessing all those factors, the Court found in a three to two decision that the performance could not be considered public.⁷⁵ Later, the Court referred back to this decision in a case regarding dance- and exercise classes organized by publicly funded civic education associations. Despite the fact that brochures advertising the classes

73. UfR 2007.1581H.

74. UfR 1999.2011H.

75. UfR 2004.2134H.

had been distributed to some 250,000 households in the Greater Copenhagen area, the Court found no reason to view the music use in the present case differently and therefore ruled that it should not be considered public.⁷⁶

7. ANALYSIS AND CONCLUSIONS

No definitions or provisions in the international instruments presently in force discussed in this Chapter establish, elaborate on, or otherwise clarify, the scope of the concept “public”. The concept found its way into the international instruments from national law, where it had been established before the international treaties came into being. Formulating a more precise understanding of the term is a matter of treaty interpretation.

The views of learned commentators on the issue differ, and far from all commentators on the international conventions and treaties in the area address the issue. Sam Ricketson and Jane Ginsburg derive from the structure of the pecuniary rights in Articles 11, 11*bis*, 11*ter*, 14 and 14*bis*, and with reference to the practice of the CJEU, that these rights must refer to performances before, or communications to, a substantial number of unrelated persons and they continue:

The larger and more disparate the audience, the greater the impact on the author’s ability to exploit the work in relation to her ‘public’, that is, those who are willing to pay (for example, in money, or exposure to advertisements, or in providing personal data) for the benefit of hearing

76. UfR 2018.516H.

or seeing the work performed. This understanding therefore will exclude from ‘the public’ only the immediate family circle. A somewhat broader formulation that remains consistent with the proposition that the ‘non-public’ should be economically insignificant might be ‘normal circle of family and its social acquaintances’. [Reference to US law omitted.]

In their view, however, in the absence of clear conventional guidelines, the demarcation between ‘public’ and ‘private’ remains a matter for national legislation, subject to the implied qualification that the demarcation line should not be set in such a way as to render ‘private’ (and therefore outside the scope of the right) performances or communications to a substantial number of persons.⁷⁷

Stephen Stewart puts less emphasis on the economic aspects and more on the relations among the receiving audience. Referring back to national legislation, he primarily focuses on family relations as a central element of private circles, but also social acquaintances will qualify as private, for example at wedding receptions. He states, however that

[t]he emerging view is that mere social acquaintance in the absence of family relationship should not be enough to constitute a domestic and therefore private circle, and that social acquaintances would not

77. Sam Ricketson & Jane C Ginsburg: *International Copyright and Neighbouring Rights, The Berne Convention and Beyond*, third edition, 2022, Oxford University Press, United Kingdom, 693.

be inferred simply from the fact that people share facilities for work, accommodation or recreation. [Reference to UK law omitted.]⁷⁸

It cannot be said with certainty that the general provisions on limitations and exceptions, the three-step-test, in Article 13 of the TRIPS Agreement, Article 10 of the WCT, Article 16 of the WPPT and Article 13 of the BTAP apply to the limitation of the scope of the rights of performance and communication, which follows from the lack of rights regarding use in private settings. The distinction between ‘public’ and ‘private’ seems to have been up for discussion in connection with the negotiation of the TRIPS Agreement, but it did not lead to any text in the adopted text, and the reasons for not taking it there are not available.

Commentators have expressed different views regarding the understanding of the terms “limitations” and “exceptions”. Sam Ricketson and Jane Ginsburg, for example, seem to understand exceptions as cases where a right as a starting point is granted by the law, but then taken away again in such cases as established by law. Limitations they seem to understand as cases where the law does not grant the right in question in the first place, such as the lack of protection for legislative texts.⁷⁹ Mihály Ficsor, on the other hand, considers that in view of the different ways that the various treaties use the terms “the only safe thing to state is that the expression ‘limitations and exceptions’ covers all kinds of free uses, non voluntary licenses, as well as

78. Stephen M. Stewart, assisted by Hamish Sandison: *International Copyright and Neighbouring Rights*, Second edition 1989, Butterworths, United Kingdom, 65f.

79. *Ricketson & Ginsburg 2022*, 738.

other possible limitations (such as subjecting the right to obligatory collective management).”⁸⁰

Thus, one may ask whether the three-step-test applies to the distinction between public and private. As regards the terms of the three-step-test, it seems obvious that they aim at a broad understanding. Otherwise there would be no need for using both the terms “limitations” and “exceptions”, and this understanding is confirmed by the broad and overarching character of the three steps. Therefore, there is nothing in the terms of the test that indicates any intention of limiting the scope of application in such a way that it should not apply to the determination of the concept of “public”. That was perhaps less obvious when the test only appeared in Article 9(2) of the Berne Convention dealing with the right of reproduction, but after the generalization of the test in the TRIPS Agreement, the WCT, the WPPT and the Beijing Treaty, the context is different and, indeed, much broader.

The scope of direct application of the test may, however, to some extent be considered a purely theoretical question, because even if the test were found not to be directly applicable, it would still be highly relevant.

The test provides a short and poignant circumscription of the net minimum rights requirements of the international instruments, that is, the contents of the exclusive rights minus the permitted limitations and exceptions. This is an important part of the overall framework of the treaties and indicates

80. Mihály Ficsor: *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO publication 891(E), 2004, 287.

the generally intended level of protection. Therefore, in particular the second and third step contribute to the formulation of the object and purpose of the minimum rights, namely to support a normal exploitation of the works, performances and so on and to safeguard to a reasonable extent the legitimate interests of their makers and of those who derive rights from the makers.

Furthermore, it might well be purely a matter of tradition or legislative technique whether a restriction on the applicability of rights is drafted as an element of what is considered “public” or “private”, as it is most commonly the case, or as an exception to the exclusive right of performance or communication, as it seems to be the case in French law, at least if one reads Article L122-5 of the Intellectual Property Code in isolation. It would therefore not make sense if the applicable conventional rules would differ significantly, depending only on the legislative technique that has been used. In order to present consistent norms in accordance with the different international rules binding a clear majority of the countries in the world, these elements must be seen as a comprehensive regulation, rather than an atomized legislation of separate and unrelated issues.

Thus, when seen in its context, in the light of the object and purpose of the treaty, and taking into account the relevant rules of international law applicable in the relations between the parties, one simply cannot look away from the test when discussing the concept of “public” vs. “private”.

One may also add that, as was shown in the historical evolution of the provisions of the Berne Convention and the statements in the generally

accepted documents, i.e. the general reports from the revision conferences, the “public/private” distinction in the Berne Convention was discussed by the Brussels Revision Conference in the context of the “minor reservations” which in turn were codified in the three-step-test in the TRIPS Agreement and the WCT. A similar connection was made during the negotiations of the TRIPS Agreement, but since there is no clear evidence why a definition of the term “public” was not included in the final text, this argument probably is less convincing. It is noteworthy, though, that the distinguished commentators Sam Ricketson and Jane Ginsburg draw a link to the economic significance of the private/public distinction.⁸¹ These elements both support and confirm the interpretation that the three-step-test must possibly be considered decisive, but certainly at least of guidance in the determination of the understanding of the term.

On this background, we can conclude that, in particular, the second and the third step of the three-step-test can be used at least as overall guiding principles when determining the demarcation of “public” vs. “private” performances and communications. In that respect, also the various findings of the WTO Panel in the decision *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act* should be kept in mind as illustrative interpretations of the provisions. Certainly they are only binding on the parties, but the reasoning of the Panel is made in strict accordance with the principles of the VCLT, and it was accepted by the European Union and the United States of America without bringing it before the WTO Appeal Board.

81. *Ricketson & Ginsburg 2022*, 693.

The selective review of national law has shown a general tendency of excluding from the term “public” small circles of persons. There are, however, also some important variations. Where, for example, the CJEU jurisprudence looks to the size of the potential audience apparently without attaching importance to the personal links between the audience and the organizer of the communication, or the links among the members of the audience, some national laws lay much emphasis on such links. In its general definition of the terms, the US Copyright Act does not consider them, either, but they were nevertheless part of the definition in the now historic ACTA Agreement to which the US was party.

The selection of countries discussed under point 6, above, is meant to be illustrative, rather than complete. As to what may be the subsequent practice in national legislation that seems to be generally agreed on among the Berne Union countries, one may still cautiously conclude, that while a number of countries maintain a quite strict line where larger gatherings of persons who have personal links to the organizers but not necessarily to each other, such as large wedding parties in rented facilities, or funerals, are considered public, other countries would consider them private due to the links with the organizing persons and the possible personal and individual invitation of each member of the audience. If such links can be demonstrated, it seems less important if the size of the audience reaches a certain importance. In other cases, a more strict focus on the number of actual and potential persons being reached seems to dominate over their possible interpersonal links or links with the organizer. Thus, a significant flexibility for national law has been applied in this area, and in some countries relative large groups of persons have been

considered private, without causing complaints from countries with a more restricted interpretation. National law has even been willing to expand the private area quite far into non-profit or publicly funded areas, even without discussing the potential economic repercussions for the rights owners. There is also an example where access to the audience at first has been open to everybody, or at least a widely circumscribed part of the population, but where personal links were then later established, which have served as basis for courts to declare the use of works private. One may ask, though, whether knowledge of such cases has been sufficiently widespread to constitute a subsequent practice establishing the agreement of the parties regarding the interpretation of the treaties.⁸²

Another issue is the assessment of the economic significance of a given distinction between the public and the private circles. Most frequently, the rights of public performance and communication to the public are managed by collective management organizations. One may therefore find some guidance in the licensing practice of such organizations. This was also done in the above-mentioned WTO decision, where the Panel noted that it had not been presented with evidence suggesting that rights owners would have licensed or attempted to license public communication of broadcasts of performances embodying dramatic renditions of “dramatic” musical works.⁸³ One should, however, in this respect look not only at the licensing that may take place at the given moment in time. Also areas where no licensing is actually taking place should be taken into account if, with a certain degree

82. VCLT Article 31(3)(b).

83. *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000, 68.

of likelihood and plausibility, they could acquire considerable economic or practical importance.⁸⁴

What can be learned from this investigation of the interpretation of the term “public” in international law is that taking a holistic approach in accordance with Articles 31 and 32 of the VCLT can contribute valuable insights regarding the understanding of the terms and the parameters against which to measure them, insights that reach beyond what would result from an analysis of the Berne and Rome Conventions alone.

It also allows a critical view of the traditional use in national law of factors such as the actual or potential size of the audience and the personal links among the members of the audience and between the members of the audience and the organizer. Fundamentally, these factors must be seen as conceptual substitutes for what really is the essential decisive factor: the economic impact on the interests of the rights owners. There is, however, always a risk that such concepts start developing an existence and meaning of their own in national law and jurisprudence, detached from the rules of international law. By focusing the interpretation of the concept “public” on its economic consequences for the rights owners, it is better suited to develop organically over time, where not only technological development, but also the propagation and professionalization of collective management of copyright and related rights, present an economic, social and cultural environment that is completely different from what was the case when the said substituting elements, or for that matter the Berne and Rome Conventions, were conceived.

84. *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 15 June 2000, 47f.

**THE BELGIAN APPROACH TO DIRECT REMUNERATION
OF AUTHORS AND PERFORMERS IN THE CASE
OF TRANSMISSION VIA DIGITAL PLATFORMS**

FRANK GOTZEN



Professor emeritus of the [University of Louvain \(KU Leuven\)](#),

President of ALAI

**1. SURPRISING TRANSPOSITION OF DIRECTIVE 2019/790
IN BELGIUM?**

In Belgium, early drafts of the bill transposing Directive 2019/790 of 17 April 2019¹ seemed for a long time to be on course to replicate the European text more or less faithfully. Belgium seemed to be pursuing the predominant trend followed by most other legislators in the European Union who, by precaution, refrained from moving away from the literal text of the

1. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130/92 of 17.5.2019.

directive. The first reason for this was the desire to avoid erroneous or defective transposition. The second was a reticence to unilaterally clarify European provisions, which can at times be complicated or ill-defined.

However, observers² were taken by surprise when the government introduced a bill transposing the directive to the Belgian Chamber of Representatives on 5 April 2022.³ Although in general the text was in line with the drafts discussed with relevant stakeholders,⁴ there was one notable exception. Article 54 of the bill inserted a new provision, article XI. 228/4, into the Belgian copyright act. This introduced a non-transferable right for authors and performers to receive remuneration from large online content-sharing platforms to compensate them for the uploading by to compensate users of their works or performances.

This right can be exercised directly against the relevant platforms, even when an author or performer has assigned the right of communication to the public to a publisher or producer. The text, which was mandatory, stated that this right could not be assigned and that it also could not be waived by authors or performers, with royalties managed not individually but collectively, via a

2. Including H. Vanhees, see “Twee nieuwe vergoedingsrechten voor auteurs en uitvoerende kunstenaars”, IRDI 2022, p. 397.

3. Chamber of Representatives of Belgium, 5 April 2022, DOC 55 2608/001, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608001.pdf>.

4. These discussions took place during meetings of the Belgian Intellectual Property Council, a consultative body that comprises experts and representatives of stakeholders with an interest in intellectual property. Its main mission is to advise the minister responsible for intellectual property on any issue relating to intellectual property. See <https://economie.fgov.be/fr/themes/propriete-intellectuelle/institutions-et-acteurs/conseil-de-la-propriete#:~:text=Le%20Conseil%20de%20la%20Propri%C3%A9t%C3%A9%20intellectuelle%20se%20compose%20de%20deux.auteur%20et%20de%20droits%20voisins>.

collecting society or collective management organisation representing either authors or performers.

Tasked with examining the bill, the Economic Council of the Belgian parliament asked stakeholders for written opinions on the new provision. The resulting differences in position among those affected were reflected in subsequent parliamentary discussions.⁵

During these discussions, parliamentarians opposed to the bill warned that it could upset the delicate contractual balances between authors and performers on the one hand and publishers and producers on the other and could thus endanger existing remuneration arrangements. They pointed out that performers' share of remuneration for communication to the public came from the assignment contract signed with the publisher or producer. Any discussion on the appropriate or proportionate nature of remuneration should therefore take place within that contractual framework. Introducing a new right to remuneration for authors and performers alongside the existing rights of publishers and producers would result in the platforms paying less to the overall profession.

In addition to this fact-based argument, opponents of the right to direct remuneration also advanced an argument based on law derived from informal letters dated 6 and 20 December 2021 from the European Commission in response to questions on the subject posed by the Belgian minister for the

5. Chamber of Representatives of Belgium, Report of the first reading of 13 May 2022, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>; Chamber of Representatives of Belgium, Verbatim record of the plenary session of 16 June 2022, <https://www.lachambre.be/doc/PCRI/pdf/55/ip186.pdf>.

economy, who introduced the bill. In the letters, which did not represent its official position, the commission expressed a provisional negative opinion. In its opinion, including a new right to remuneration as provided for under article 54 of the bill did not fit in with the closed regime provided for by article 17 of the directive. Such a right would be in addition to the obligation for online content-sharing service providers to secure the rightholders' authorisation by virtue of article 17(1) and (2) and hence would require providers to pay twice for the same content. It took that view that article 17 fully harmonised relations between providers and rightholders and that there was therefore no room for adding another right of remuneration not mentioned in that article.

In response to these objections, the government and most parliamentarians supporting the bill argued that the general principle expressed in article 18 of the directive required member states to ensure fair remuneration for authors and performers who have licensed or transferred their exclusive rights. They pointed out that according to the second paragraph of article 18, member states were free to use "different mechanisms" to ensure this. They also referred to legislative precedents in Germany and Spain, and to a European Parliament position statement in this regard.

Article 54 of the bill was eventually adopted and the law of 19 June 2022 transposed the directive via a new article XI.228/4, inserted into Belgian law on copyright and related rights⁶⁷ and drafted as follows:

6. *Moniteur Belge* [Belgian Official Gazette] of 1 August 2022.

7. This legislation was incorporated into the larger framework of the Belgian code of economic law introduced by the law of 28 February 2013, where it forms title 5 of book XI, entitled "Intellectual property and trade secrets".

“§ 1. When an author or performer has assigned their right to authorise or prohibit communication to the public by an online content-sharing service provider such as referred to in § 1 of article XI.228/3, they retain the right to obtain remuneration for communication to the public by an online content-sharing provider.⁸

§ 2. The right to remuneration referred to in paragraph 1 is non-transferable and cannot be waived by authors or performers.

§ 3. The right to remuneration of authors referred to in paragraph 1 may only be managed by collecting societies and collective management organisations representing authors.

The right to remuneration referred to in paragraph 1 may only be managed by collecting societies and collective management organisations representing performers.

§ 4. The provisions of paragraphs 1–3 are mandatory.”

While observers may have been surprised at the creativity shown in this article by Belgian legislators in their transposition of the European directive, there were even more surprises to come. Introducing the bill at first reading to the parliamentary economic council, the minister responsible expressed his personal preference that this proactive transposition of the directive should be extended to include a non-transferable right to remuneration for authors and

8. This article transposes article 17, paragraphs 1–3 of Directive 2019/790 into Belgian law.

performers whose work is used by platforms with paywalls such as Spotify or Netflix.⁹ Although it did not seem achievable at the time, this was approved at a later stage of the discussions.

When a group of parliamentarians tabled a new amendment at the end of the parliamentary process,¹⁰ the minister seized the opportunity to support extending the direct remuneration mechanism for authors and performers to instances of streaming.¹¹ Despite similar objections from the same parliamentarians who opposed direct remuneration for content sharing, a parallel solution for streaming was eventually approved by parliament, resulting in the insertion, via articles 60–62 of the law transposing the directive, of two new articles, XI.228/10 and XI.228/11, in the code of economic law (CDE), drafted as follows:

“Art. XI.228/10. This chapter applies to information society service providers whose main objective or one of whose main objectives is to offer a large volume of sound and/or audiovisual works protected by copyright and related rights and where:

1. users have the right to access sound and/or audiovisual works with or without recurring monetary payment;

9. Belgian Chamber of Representatives, Report of the first hearing of 13 May 2022, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>, p.32.

10. Chamber of Representatives of Belgium, 23 May 2022, DOC 55 2608/005, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608005.pdf>.

11. Belgian Chamber of Representatives, Report of the second hearing of 3 June 2022, DOC 55 2608/006, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608006.pdf>, p. 11.

2. users cannot acquire a permanent copy of the work accessed;

3. users have access to sound and/or audiovisual works offered at a time and place chosen individually by them; and

4. the service provider has editorial responsibility for offering and organising this service, including the organisation, classification and promotion of sound and/or audiovisual works.”

“Art. XI.228/11. § 1. When an author or performer of a sound or audiovisual work has assigned to a producer their right to authorise or prohibit communication to the public, including making available to the public, by an information society service provider as referred to in article XI.228/10, they retain the right to obtain remuneration for communication to the public by an information society service provider as referred to in article XI.228/10.

§ 2. The right to remuneration referred to in paragraph 1 is non-transferable and cannot be waived by authors or performers.

§ 3. Failing any applicable collective agreement as defined in article XI.167/5, the right to remuneration for authors of a sound or audiovisual work referred to in paragraph 1 may only be managed by collecting societies and/or collective management organisations representing authors.

Failing any applicable collective agreement as defined in article XI.205/5, the right to remuneration for performers of a sound or audiovisual work

referred to in paragraph 1 may only be managed by collecting societies and/or collective management organisations representing performers.

§ 4. The provisions of paragraphs 1–3 are mandatory.”

Belgium thus developed a body of comprehensive regulations in respect of direct remuneration, encompassing both streaming platforms and content-sharing platforms. It is true that in the music industry, the issue of the right to direct remuneration is somewhat less urgent for authors, because collecting societies are already authorised to handle their exclusive rights and can, therefore, assert their rights immediately through such societies without also having to rely on a new remuneration right as an argument.¹² However, the issue can often arise for performers in the music industry, many of whom have assigned their exclusive rights to the producers. In the audiovisual field, the problem is more general because in Belgium, under both article XI.182 CDE (for non-musical authors) and article XI.206 CDE (for performers) there is a presumption that the rights are assigned to the producers and, consequently, it would be advantageous for such authors and performers to be able to rely on a non-transferable right to direct remuneration.¹³

12. R. Xalabarder, “The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive”, InDret 4.2020, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1591.pdf>, p. 4-5.

13. Compare with R. Xalabarder, *op.cit.*, p.17.

2. SURPRISE UNWARRANTED

One can understand the surprise of some at these relatively unexpected Belgian texts given the climate of passivity seen elsewhere in Europe, where the directive has mostly been transposed literally. On reflection, however, the Belgian solution is not so unexpected if one considers that it is a direct extension of a number of precedents in both Belgian law and comparative law.

a. Precedents in Belgian law

The new texts in a way separate out the exclusive right of authors and performers. They differentiate between the right of prohibition, which can be contractually assigned to a publisher or producer, and the non-transferable right to claim fair remuneration from commercial users.

This separation mechanism was by no means unheard of in Belgian law. In fact, a rental right,¹⁴ a right to cable transmission¹⁵ and a right to direct injection already existed and were in operation.¹⁶

In all these precedents, the right of prohibition assigned to publishers and producers was already dissociated from the residual right of authors and performers to claim fair remuneration directly via a collective management organisation for cable and direct injection.

14. Article XI. 194 CDE for authors and article XI.211 CDE for performers.

15. Art. XI. 225 CDE.

16. Art. XI. 227/1 CDE.

b. Precedents in comparative law

Despite its apparently innovative character, the Belgian solution is less revolutionary than first appears. Looking at the legislative landscape of our neighbours in Europe, we can find several examples of comparable legislations.

Even before the European directive was published, the separation of exclusive rights had already been established as a principle in the Italian film and audiovisual industry in the 1990s. The Italian copyright act was adapted by inserting an article 46bis for authors and amending article 84 for performers.¹⁷ The provisions differentiated between the right of prohibition contractually assigned to producers and the unwaivable right of authors and performers to remuneration.¹⁸

Similarly, a comparable solution to that of Belgium was already in place in Spanish law before the new European directive, via the law of 7 July 2006.¹⁹ Legislators amended the Spanish copyright act by inserting a non-transferable right to direct remuneration, managed by a collective management

17. Legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore e sugli altri diritti connessi al suo esercizio. These articles were amended slightly by the Decreto Legislativo of 8 November 2021, n. 177. See Leonardo Serra, Copyright e diritti nel mercato digitale: attuata la Direttiva UE. Equa remunerazione per autori ed editori di giornali, uso di piattaforme di condivisione on-line, opere fuori commercio e modifiche al diritto d'autore (D.lgs. n. 177/2021), <https://www.altalex.com/documents/news/2021/12/14/copyright-e-diritti-nel-mercato-digitale-attuata-la-direttiva-ue>.

18. L.C. Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 4th ed., 2007, p.1626-1627 and 1764-1766; S. Ecolani, "Do the right thing! Authors' contracts in the 2019 copyright directive" in: *Festschrift til Jørgen Blomqvist*, ExTuto Publishing, Copenhagen, 2021, p. 141.

19. Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, BOE-A-2006-12308.

organisation, into article 90 for authors of audiovisual works²⁰ and article 108 for performers.²¹

More recently, German legislation provided a direct precedent for the Belgian solution. The preparatory work in Belgium shows that the legislators there expressly referenced²² section 4, subsections 3 and 4 of the special German law of 31 May 2021 on the copyright liability of online content sharing service providers.²³ Subsections 3 and 4 of that section state as follows:

20. Paragraphs 4, 6 and 7 of article 90 state as follows:

“4. Projection or exhibition without imposing an entrance fee, *transmission to the public* by any means or process, wired or wireless, including, inter alia, *the making available* of an audiovisual work via the arrangements set out in article 20.2(i), shall entitle the authors to receive appropriate remuneration in line with the general rates established by the corresponding management entity.

6. The rights established in paragraphs 3 and 4 of this article shall be inalienable and non-transferable via inter vivo acts and shall only apply to authors of audiovisual works that are promotional in character.

7. The rights referred to in paragraphs 2, 3 and 4 of this article shall be enforced through the entities that manage intellectual property rights.”

On this, see N. Pérez de Castro, “Artículo 90” in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4th ed., 2017, p. 1317-1318 and 1325.

21. Paragraphs 3 and 6 of article 108 state as follows:

“3. A performer who has transferred or assigned their right of making available to the public as referred to in paragraph 1.b) in respect of a phonogram or an original or copy of an audiovisual recording shall retain the inalienable right to receive fair remuneration from the party making the phonogram or recording available to the public.

6. The right to remuneration referred to in paragraphs 3, 4 and 5 shall be enforced through intellectual property rights management organisations. The enforcement of rights via collective management organisations shall include negotiating with users, determining, collecting and distributing the corresponding remuneration and any other action necessary to enforce said rights.”

On this, see R. Sánchez Arísti, “Artículo 108” in: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4th ed., 2017, p. 1597-1601; P. López “The making available right for performers in Spain: a case of a statutory remuneration right managed by performers’ collecting societies” in: S. von Lewinski (ed.), *Remuneration for the use of works. Exclusivity vs. other approaches*, de Gruyter, Berlin, 2017, p. 234.

22. Belgian Chamber of Representatives, Report of the first hearing, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>, p. 6 and 32.

23. Act on the Copyright Liability of Online Content Sharing Service Providers (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz-UrhDaG), BGBl. I p.1204. See S. von Lewinski, “The Implementation of the Digital Single Market Directive of 2019 in Germany”, *RIDA* January 2022, no. 271, p. 86-87; M. Leistner, “The Implementation of Art.17 DSM Directive in Germany – A Primer with some Comparative Remarks”. *GRUR Int.* 2022, p. 913-914.

“(3) If the author has granted a third party the right of communication to the public of a work, the service provider must nevertheless pay the author appropriate remuneration for the contractually authorised communication to the public of the work. Sentence 1 does not apply if the third party is a collecting society or the author engages the third party as a digital distributor.

(4) The author may not waive the entitlement to direct remuneration under subsection 3 and may only assign it in advance to a collecting society. The entitlement may only be asserted by a collecting society.”

This right to direct remuneration is also extended to performers by section 21 subsection 2 of the same act.

In a list of questions and answers, the German Minister for Justice explained that “this new right under section 4, subsections 3 and 4 of the copyright act entitling creators to direct remuneration for authorised content from platforms guarantees that at least some of the payments by platforms will actually reach these creators”.²⁴

24. FAQ zum Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, Answer to question 8 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&v=5

3. THE RIGHT TO DIRECT REMUNERATION UNDER THE REGIME OF DIRECTIVE 2019/790

The solution for **streaming**, reached at the last minute in the Belgian parliamentary procedure, is the easiest to justify with regard to the European directive because it requires only reference to article 18 of the directive.

In the case of streaming, the platform effectively exploits protected content directly. When authors or performers exercise the exclusive rights, they are entitled to expect that national legislation will guarantee fair remuneration under article 18.

Although famous, well-established performers can take action on their own and demand appropriate payments, many others will not feel in a position to manage their rights themselves. They will often entrust management of their exclusive rights to publishers or producers contractually prior to exploitation. If their works or performances are transmitted online the immediate point of contact for the platform will be the publisher or producer rather than the performer. For the performer to receive fair remuneration, they must have been able to stipulate fair remuneration including for streaming when the initial publishing or production contract was drawn up. This is not always the case.

This is why legislators can decide to introduce a right to remuneration for authors and performers that is exercised directly against commercial users and that subsists even if their rights have been contractually transferred to a

publisher or producer. To establish an effective bargaining position with regard to platforms, legislators are right to supplement this right by the obligation to go through a collective management organisation because there is strength in numbers.²⁵

It could be more complicated to incorporate the solution **for content-sharing platforms** in line with the directive. This requires combining two of its articles. In this situation, some effects of article 17 are nuanced by additional recourse to article 18.

In the case of content shared online, the starting position is different than for streaming. Here it is not the intermediary that directly exploits the work initially but the user who injects protected content into the transmission system operated by the intermediary. This user has primary liability.²⁶ But we all know how difficult and often ineffective it can be to target a multitude of users all over the world. Hence the interest for authors and performers to

25. A. Kur-J. Schovsbo, "Expropriation or fair game for all? The gradual dismantling of the IP exclusivity paradigm in: A. Kur-M. Levin, *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 426-427.

26. In the event of online transmission the party that originally, without authorisation and outside the limits of an exception, downloads a copyright-protected work and makes it available to the public directly infringes exclusive copyright and may therefore hold primary liability (CJEU 8 September 2016, GS Media/Sanoma, C-160/15, paragraph 35; CJEU 26 April 2017, Brein/Wullems, C-527/15, paragraph 31; CJEU 14 June 2017, Brein/Ziggo, C-610/15, paragraph 26; CJEU 17 June 2021, C-597/19, Mircom/Telenet, paragraph 59; CJEU 22 June 2021, YouTube and Cyando, C-682/18 and C-683/18, paragraph 75).

Compare with recital 27 of Regulation 2022/2065 of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services (DSA) O.J. L 277/1 of 27/10/2022: "it is important to recall that, despite the generally important role played by such providers, the problem of illegal content and activities online should not be dealt with by solely focusing on their liability and responsibilities [...] Recipients of the service should be held liable, where the applicable rules of Union and national law determining such liability so provide, for the illegal content that they provide and may disseminate to the public through intermediary services."

assert their rights against online content-sharing service providers, fewer in number and easier to identify.

In fact, the platform plays only a secondary role, making available to the public content uploaded by users. Developing its activity in this way, it may incur liability under certain conditions. These conditions were defined for intermediary service providers in general by the Court of Justice in the YouTube ruling, and by Union legislators in article 17 of Directive 2019/790 for online content-sharing service providers (OCSSPs).

Which type of liability applies? Could the platform be considered to be performing an act of communication to the public itself in addition to that of the user? In other words, could it have primary liability, requiring prior authorisation by rightholders?

In principle, according to the YouTube judgment, this is not the case. The court effectively ruled that the provider was not performing an act of communication to the public unless it contributed to providing public access to content infringing copyright beyond simply making its platform available. According to the court, this contribution can appear in three situations:

“That is the case, *inter alia*, where that operator has specific knowledge that protected content is available illegally on its platform and refrains from expeditiously deleting it or blocking access to it, or where that operator, despite the fact that it knows or ought to know, in a general sense, that users of its platform are making protected content available to the public illegally

via its platform, refrains from putting in place the appropriate technological measures that can be expected from a reasonably diligent operator in its situation in order to counter credibly and effectively copyright infringements on that platform, or where that operator participates in selecting protected content illegally communicated to the public, provides tools on its platform specifically intended for the illegal sharing of such content or knowingly promotes such sharing, which may be attested by the fact that that operator has adopted a financial model that encourages users of its platform illegally to communicate protected content to the public via that platform.”²⁷

We can therefore deduce from this judgment that when one of these three situations arises, the commercial user can be held liable directly, meaning that it must obtain authorisation from the rightholders.²⁸

Conversely, in the specific situation where a platform meets the definition of an OCSSP under Directive 2019/790, the opposite is the case. Here the principle is direct liability, asserted in paragraph 1 of article 17. This paragraph states that because an online content-sharing service provider performs an act of communication to the public or an act of making available to the public when it provides access to works protected by copyright or other protected subject matter uploaded by its users, it must “therefore” obtain authorisation from the rightholders referred to in article 3, paragraphs 1 and 2, of Directive 2001/29/EC, for example by concluding a licensing agreement, in order to

27. CJEU 22 June 2021, YouTube and Cyando, C-682/18 and C-683/ 18, paragraph 102.

28. See in Germany rulings by the Federal Court of justice BGH 2 June 2022, I ZR 140/15 (YouTube II) and BGH 2 June 2022, I ZR 135/18 (Uploaded III).

communicate to the public or make available to the public works or other subject matter.

It was for this case where an OCSSP is subject to the exclusive right of authors and artists that the Belgian legislators intervened by separating the exercise of the right from its assignment. The exclusive right distinguishes between the right of prohibition, which can be transferred to publishers or producers, and the right to remuneration. Thus, if the right is assigned, the publisher or producer can decide whether to allow online transmission.²⁹ But the author or performer retains the other aspect of the right – the right of remuneration – and this means they can claim fair remuneration directly from online platforms via their collective management organisation.

For countries that have adopted this system, another question could arise in relation to the application of article 17.

If no authorisation has been granted by rightholders based on paragraph 1 of article 17, platforms must make their “best efforts” and act “expeditiously” as defined in paragraph 4. If the platform fails in its obligations, it will have secondary liability with respect to the rightholders.

This gives rise to the question of whether this secondary liability is established only with respect to rightholders exercising their exclusive right or

29. If the licence is granted, it also absolves users from liability, at least when they are not acting on a commercial basis or where their activity does not generate significant revenues (article 17, paragraph 2).

if it can also arise with regard to holders of the direct remuneration right as distinct from the exclusive right.

Could the secondary liability of platforms then be invoked by collective management organisations representing authors or performers for their right to direct remuneration? This is an open question.

4. THE IMPORTANCE OF CORRECTLY INTERPRETING ARTICLE 18

Article 18 of Directive 2019/790 is key to properly assessing the remuneration system for authors and performers. This is evident from the preparatory work done in this area in both Belgium and Germany.

In Belgium, the minister responsible for the bill referenced article 18 when he introduced the direct remuneration solution.³⁰

The explanatory statement for the bill leading to a comparable solution in Germany explains that it uses the margin of manoeuvre afforded under article 18 paragraph 2 of the directive.³¹

30. Chamber of Representatives of Belgium, Report of the first reading, DOC 55 2608/003, <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2608/55K2608003.pdf>, p. 31; Chamber of Representatives of Belgium, Verbatim record of the plenary session of 16 June 2022, <https://www.lachambre.be/doc/PCRI/pdf/55/ip186.pdf>, p. 36–37.

31. Deutscher Bundestag, Drucksache 19/27426, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Begründung, p. 45 and 65.

See also S. von Lewinski, “The Implementation of the Digital Single Market Directive of 2019 in Germany”, *RIDA* January 2022, no. 271, p. 86.

Interpretation of the terms of article 18 is therefore set to play a major role. The first paragraph starts with a short, general text. It requires member states to “ensure that where authors and performers license or transfer their exclusive rights for the exploitation of their works or other subject matter, they are entitled to receive appropriate and proportionate remuneration”.

Although the text can seem quite vague on first reading, looking at it more closely, we see that the wording is mandatory (“shall”).³² But for the parties responsible for applying it subsequently, article 23 of the directive does not prohibit contractual provisions that are contrary to article 18. There is also nothing to prevent states from going further and making the text mandatory for contracting parties as it is in Belgium.³³

Rereading that first apparently simple sentence one realises that in fact it contains a double rule. The start of the sentence imposes a duty of remuneration on the contracting partner to whom an author or performer has licensed or transferred their exclusive rights. It therefore requires states to ensure that in general publishers and producers draw up contracts containing provisions that are fair for all types of exploitation. But taken as a whole, the wording of the phrase does not prevent it from being read as a duty imposed on states to arrive at a fair remuneration system that in some situations can

32. R. Xalabarder, “The remuneration of authors and performers”, [RIDA](#) April 2020, no. 264, p. 136 and 138.

33. Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf, p. 12–13.

also involve third-party commercial users.³⁴ Direct remuneration from third parties could thus serve to offset some of the inadequacies in publishing or production contracts. This would also fulfil the wish expressed at the end of paragraph 2 of article 18 that states “take into account the principle of contractual freedom and a fair balance of rights and interests”.

To understand the provision, we also need to take into consideration the legislative context surrounding it. Article 18 is the first text in chapter 3, which is entitled “Fair remuneration in exploitation contracts of authors and performers”. The title indicates that in order for remuneration to be truly appropriate and proportionate, states need to set up a national system to achieve a “fair” result for authors and performers.³⁵ In addition, the very title of article 18 tells us that appropriate and proportionate remuneration is a “principle”.

It is thus clear that this text is a new example of what Adolf Dietz once described as a quasi-constitutional provision guaranteeing the rationale of copyright law.³⁶

34. S. Dusollier, “The 2019 Directive on Copyright in the Digital Single Market: some progress, a few bad choices, and an overall failed ambition”, *Common Market Law Review* 2020, no. 57, p. 1023.

35. P. Sirinelli – A. Bensamoun, “The transposition of articles 18 to 23 of Directive 2019/790 of April 17, 2019, by order no. 2021-580 of May 12, 2021, into the common law regime for copyright contracts”, *RIDA*, October 2021, no. 270, p. 166-167.

36. A. Dietz, “Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen”, *GRUR Int* 2006, p. 1-9.

The provision is anything but vague: on closer reading, the concise but powerful wording provides a general indication of the approach to take.³⁷ The text does not impose any specific solution. Because it is general in nature, it can be applied to a great number of diverse situations. It is therefore not so surprising that several EU states chose to apply it by opting for a direct remuneration right to arrive at a fair result in line with the spirit of the article.

5. ASSESSMENT OF THE RIGHT TO DIRECT REMUNERATION IN GENERAL EU LAW

Is the introduction by a number of European countries of regimes aimed at ensuring direct remuneration of authors and performers compatible with the general system of EU law?

The fact that these countries used the very specific technique of dividing a right is not in conflict with any principle of European law. Paragraph 2 of article 18 on the implementation in national law of the principle set out in paragraph 1 states that member states are “free to use different mechanisms”.³⁸

This is unproblematic since the mechanism used is not unheard of in EU law. The technique of dividing a right in order to distinguish between authorising exploitation and the ability to seek remuneration for it has

37. In “The remuneration of authors and performers”, [RIDA](#) April 2020, no. 264, p. 159, R. Xalabarder says the article has “enormous potential”. She asserts that it “should inspire, guide and even supplement the implementation in national laws of the remaining articles”. See also S. Ercolani, “Do the right thing! Authors’ contracts in the 2019 copyright directive” in: *Festschrift til Jørgen Blomqvist*, ExTuto Publishing, Copenhagen, 2021, p. 145- 146.

38. See also recital 73 of Directive 2019/790.

already been applied by European legislators.³⁹ It has been part of the *acquis communautaire* since 1992. That year saw the first version of a directive on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property. Article 2 states that the exclusive right to authorise or prohibit rental and lending belongs to the author in respect of the original and copies of their work, while article 4 introduces an unwaivable right to equitable remuneration for authors and performers for rental, administration of which can be entrusted to collecting societies.⁴⁰ These provisions were later transposed word for word into articles 3 and 5 of a new codified version dated 12 December 2006.⁴¹

In view of this precedent, the technique of dividing the right could not be said to be incompatible with European law.⁴²

39. R. Xalabarder, "The Principle of Appropriate and Proportionate Remuneration for Authors and Performers in Art.18 Copyright in the Digital Single Market Directive", InDret 4.2020, <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1591.pdf>, p.28-29; Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf, p.16.

40. Directive 92/100 of 19 November 1992, O.J. L 346/ 61. On this, see J. Reinbothe - S. von Lewinski, *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 65-76; in: S. von Lewinski, "A model that may indeed help" in: S. von Lewinski (ed.), *Remuneration for the use of works. Exclusivity vs. other approaches*, de Gruyter, Berlin, 2017, p. 255-258; M. Walter - S. von Lewinski, *European Copyright Law*, Oxford University Press, 2010, 6.4.1 et seq., p. 290 et seq.; S. Nérissou, "The Rental and Lending Rights Directive" in: I. Stamatoudi – P. Torremans, *EU Copyright Law*, Edward Elgar, London, 2nd ed., 2021, p.135-136.

41. Directive 2006/115, J.O. L 376/ 28.

42. R. Xalabarder, "The equitable remuneration of audiovisual authors: A proposal of unwaivable remuneration rights under collective management", *RIDA* January 2018, no. 255, p. 59–60 and 64.

Placing the issue in an even wider perspective, it is also important to note that this yardstick of EU law comes in the form of a directive. As we know, by its nature a directive offers some flexibility to states.⁴³ In contrast to a regulation, which is binding in its entirety and directly applicable in all member states, under article 288 TFEU, a directive “shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods”.

This flexibility first and foremost gives national authorities some freedom in choosing the right form of text to transpose into national law, whether domestic legislation, executive order, administrative measure, etc.

However, this measure of discretion afforded to states by a directive can also at times relate to its content. Obviously, that is not the case when, as often happens, a European directive goes into detail about the result to be achieved by national authorities. In other cases, however, a directive may confine itself to relatively broad formulations, leaving national authorities some room for manoeuvre in the best way to achieve its aim.

It seems clear that from this point of view, EU legislators who decided to introduce a direct remuneration right for streaming⁴⁴ were able to rely on the flexible wording laid down in the form of a principle in article 18, which also explicitly clarifies that states are “free to use different mechanisms” to achieve this.

43. K. Lenaerts – P. Van Nuffel - R. Bray, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, London, 2nd ed. 2005, p. 769.

44. See recitals 1–3 and 83 of the directive.

Is it the same thing for the right to direct remuneration as it relates to sharing platforms? As remuneration involves taking account of both article 18 and article 17, one could be tempted to say that the detailed wording of the latter text prevents overly creative transposition.⁴⁵ Looking again at article 17, however, it is clear that most of the detail in this text actually relates to the liability regime for providers and to relations with users. In contrast, the European text does not impose any details as regards the “authorisation” regime referred to in paragraph 1.⁴⁶ Hence nothing excludes the introduction of a distinction at national level between the prohibition aspects and the remuneration aspects.

6. POTENTIAL CHALLENGES

Will the direct remuneration right of authors and artists introduced by some national legislators in the European Union be able to withstand the inevitable challenges that are sure to come?

45. E. Rosati, “The legal nature of Article 17 of the Copyright DSM Directive, the (lack of) freedom of Member States and why the German implementation proposal is not compatible with EU law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2020, Vol. 15, no. 11, p. 874-878.

46. The commission acknowledged this in its communication of 4 June 2021, COM (2021) 288 containing its guidance on article 17 of Directive 2019/790 on copyright in the digital single market, section IV (i) of which states as follows: “The term ‘authorisation’ is not defined in the directive and should be interpreted in the light of the aim and objective of Article 17. Article 17(1) does not prescribe how authorisations may be obtained from rightholders. Indeed, both the text of Article 17(1) and the corresponding Recital 64 are drafted in an open-ended way and refer to ‘authorisation...including [via] a licensing agreement’. The Member States can provide for different authorisation models in order to ‘foster the development of the licensing market’, which is one of the main goals of Article 17.”

The first source of criticism could come from the European Commission. By virtue of article 258 TFEU,⁴⁷ the commission is responsible for ensuring the correct transposition of directives into national law. If it believes that a state is manifestly in breach of the European text it can issue comments to that state and, if these are not acted upon, proceedings before the Court of Justice for infringement of EU treaties could ensue.

Hence the huge interest in the commission's assessment of Germany's highly creative transposition of the directive via the act on the copyright liability of online content-sharing service providers of 31 May 2021, which, as we have seen includes a direct remuneration regime.

The history of the Belgian transposition law of 19 June 2022 making provision for the same regime gives an initial insight into the commission's intentions in this regard. As we have already seen, during parliamentary work, the Belgian authorities received informal correspondence from the commission to the effect that article 18 could not be used as a legal basis "to undermine the fully harmonised rules set out in Article 17". Without taking a definitive position on this, the commission took the view that article 17 fully harmonised relationships between the rules in this area and that therefore article 18 should not be taken into consideration when transposing article 17.

47. "If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations."

If the State concerned does not take action in relation to this opinion within the period defined, the commission may refer the matter to the Court of Justice of the European Union.

However, this alleged ban on combining the texts disregards the intent of European legislators. It overlooks the fact that article 18 is general in nature and applicable in all circumstances, including in relation to sharing platforms. It also disregards the fact that article 17 and article 18 are part of the same directive and form a package characterised by the shared objective to overhaul and update copyright law. The various provisions of the directive were presented from the start as a package, the aim being to ensure the proper functioning of the digital single market in this area (see recitals 1-3 and 83). It is therefore not so surprising if legislators decide to apply two of its sections to the same situation in pursuit of the same goal.⁴⁸

The commission's initial hesitations seem to have been due more to a reluctance to revisit a sensitive issue that had more or less been put to bed since the linguistic compromise in article 17, achieved with difficulty, than to substantive arguments in European law.

A more recent position statement from the commission, although subject to final assessment pending national transposition in all countries, seems to favour the route of a remuneration right. Issued by Commissioner Breton in an answer dated 20 July 2022 to a question from the European Parliament, the statement was worded as follows:⁴⁹

48. Compare with J. Van Herpe, "Artikel 17 DSM-Richtlijn ongefilterd: de omzetting van de Transfer-of-Value-bepaling in de Belgische rechtsorde", IRDI 2022, p.359-360.

49. E-001255/2022, Answer given by Mr Breton on behalf of the European Commission (20.7.2022), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-001255-ASW_EN.pdf.

“The Commission considers that, in principle, Member States could transpose article 18 through an unwaivable remuneration right provided that this complies with relevant EU law, including the principle of contractual freedom, fair balance of rights and interests, and the exclusive rights in the copyright acquis. Any provision implementing article 18 should secure appropriate and proportionate remuneration to authors and performers and should not deprive them of their freedom to decide in the first place whether or not to license or transfer their rights.”

It is clear that introducing a direct remuneration regime could also face opposition from other stakeholders in the relevant market.⁵⁰ The Belgian constitutional court has heard applications from both digital platforms and producers for annulment of the articles relating to the direct remuneration right.⁵¹

Interestingly, the same constitutional court has previously dismissed an appeal on the grounds that article XI.225 CDE discriminated against audiovisual producers in respect of the other divided right, i.e. the non-transferable right, of authors and performers to remuneration in the event of cable retransmission, in terms that could no doubt be relied on as a precedent when ruling on pending cases:⁵²

50. A. Kur-J. Schovsbo, “Expropriation or fair game for all? The gradual dismantling of the IP exclusivity paradigm” in: A. Kur-M. Levin, *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System*, Elgar, Cheltenham, 2011, p. 427.

51. Challenges from Google, Spotify, Meta Platforms and Streamz and from Sony, Universal and Warner, published in the *Moniteur Belge* of 1 March 2023.

52. Constitutional court, 13 October 2016, 128/2016, Auteurs&Media 2016, p. 266, note E. Cruysmans, *Moniteur Belge* 21 November 2016, p. 77268.

“B.18.1. The differentiation resulting from the challenged provision between the exclusive cable retransmission right, which is transferable, and the right to remuneration, which is non-transferable, is warranted in view of the primary objective of the legislators, which is to ensure adequate remuneration for rightholders of audiovisual works, whether they are copyright holders or holders of a related right. Note that this provision does not challenge the exclusive rights of audiovisual producers, who as such retain the right to negotiate remuneration for cable transmission of audiovisual works with cable operators. Contrary to what the applicants allege, article XI.225 CDE ensures producers of audiovisual works and authors and performers receive remuneration for cable retransmission of audiovisual works produced by them or to which they have acquired the rights. In making the remuneration right non-transferable, the provision challenged aims solely to ensure minimal remuneration for all rightholders.

“B.18.5. The non-transferable remuneration right of the author or performer is a reasonable and warranted response by legislators to redress the bargaining power of producers on the one hand and that of authors and performers on the other.”

The various legal remedies available at national level could also prompt referrals for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union. It is impossible to predict what the response of the court might be.

However, note that in its ruling of 10 November 2016,⁵³ the court looked at previous case law and identified the general principle that any harmonisation

53. CJEU 10 November 2016, C-174/15, *Vereniging Openbare Bibliotheken v Stichting Leenrecht*, paragraphs 46–48.

of copyright must take as its basis “a high level of protection”. According to the court, the principle emphasised in Directive 2001/29, and more specifically recital 9, “must be taken into account in interpreting directives which, like Directive 2006/115, are intended to harmonise the various aspects of copyright while having a more limited aim than that of Directive 2001/29.” This general principle will doubtless also apply for directive 2019/790, recitals 2 and 3 of which explicitly state that the modernisation of existing directives must be done “while keeping a high level of protection of copyright and related rights”.

7. CONCLUSION

The introduction of direct remuneration regimes for authors and performers in a number of national legislations may provide a response to the concerns expressed in recitals 72 and 73 of Directive 2019/790, state in particular (emphasis added):

“Authors and performers tend to be in the weaker contractual position when they grant a licence or transfer their rights, including through their own companies, for the purposes of exploitation in return for remuneration, and those natural persons need the protection provided for by this directive to be able to fully benefit from the rights harmonised under Union law [...]

The remuneration of authors and performers should be appropriate and proportionate to the actual or potential economic value of the licensed or transferred rights, taking into account the author’s or performer’s contribution

to the overall work or other subject matter and all other circumstances of the case, such as market practices or the actual exploitation of the work. [...] Member states should be free to implement the principle of appropriate and proportionate remuneration through different existing or newly introduced mechanisms, which could include collective bargaining and other mechanisms, provided that such mechanisms are in conformity with applicable Union law.”

The introduction of a non-transferable right to direct remuneration does in any case appear to provide an appropriate response to the concerns expressed by the European Parliament in its resolution of 20 October 2021 on the situation of artists and the cultural recovery in the EU.⁵⁴ The resolution called on member states to transpose Directive (EU) 2019/790 on copyright in the digital single market, with a strong focus on the protection of cultural and creative works and those creating them, and, in particular, to guarantee fair, appropriate and proportionate remuneration for authors and performers. It then expressed regret that only a handful of member states had seized the opportunity provided by article 18 to implement appropriate remuneration mechanisms. The European Parliament went on to urge member states to translate article 18 of directive (EU) 2019/790 into effective remuneration mechanisms (paragraphs 13 and 15). It also invited the commission to evaluate the impact of music streaming platforms in Europe and to take measures to ensure that revenues are duly and fairly distributed to all creators, artists and rights holders (paragraphs 18 and 22).

(English translation by Miriam Watchorn)

54. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0430_EN.html.

**REGULATION OF LITERARY AND ARTISTIC PROPERTY:
THE POWERS OF THE AUDIOVISUAL AND DIGITAL
COMMUNICATION REGULATORY AUTHORITY (ARCOM)
TO PROTECT CREATION**

DENIS RAPONE



Member of the Conseil d'État (Council of State), Member of the Board of Arcom

with the collaboration of Dorine Arnaudeau

Project Manager, Arcom Creative Directorate

Creation of Arcom. – Since January, the 1st, 2022, in accordance with Law No. 2021-1382 of October 25, 2021, relating to *the Regulation and Protection of Access to Cultural Works in the Digital Era*, the *Audiovisual and Digital Communication Regulatory Authority* (hereinafter Arcom – *Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique*) is the result of the merger between the *French broadcasting regulator* (CSA – Conseil supérieur de l'audiovisuel), established in 1989, and *the authority overseeing the dissemination*

of works and the protection of property rights online (Hadopi – *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*), created in 2009, is responsible for ensuring the protection of works and objects to which copyright or related rights are attached¹.

Arcom inherits the CSA's historic missions to support French and European creation, notably through the control of broadcast quotas or financial obligations on French audiovisual communication services². Since Decree No. 2021-793 of June 22nd, 2021, on on-demand audiovisual media services (ASVM), these production contribution rules apply to certain foreign ASVMs targeting France (based on their gross annual turnover and the number of audiovisual or cinematographic works offered)³, whether they are established on French territory or abroad⁴.

Law No. 2021-1382 of October 25th, 2021, reinforced Hadopi's anti-piracy measures in order to make them more effective. In addition to the graduated response procedure, new missions have been entrusted to Arcom.

An audiovisual and digital landscape in evolution. – According to Arcom's 2023-2025 Strategic Project: "*the audiovisual landscape is changing, as a result of digital transformation, with new stakeholders and changing audience*

1. Article L. 331-12 of the Intellectual Property Code (IPC).

2. For further information: <https://www.arcom.fr/nos-missions/promotion-et-protection-de-la-creation>

3. <https://www.csa.fr/Reguler/Promotion-de-la-production-audiovisuelle/Soutenir-la-creation>

4. <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-de-references/Decrets-et-arretes/Decrets-relatifs-aux-services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD/Decret-n-2021-793-du-22-juin-2021-relatif-aux-services-de-medias-audiovisuels-a-la-demande-SMAD>

*habits*⁵. (...) *The rise of online technologies has led to the development of new ways of accessing content and communicating, but also new risks*⁶. (...) *The rapid change in the audiovisual and digital landscape requires the regulator to take these new dynamics into account (...) to support creation and the national cultural model*⁷.”

Illegal practices have likewise adapted. The cross-border dimension of piracy has now been joined by new forms of diffusion, such as Internet television (IPTV). Other practices, such as stream ripping⁸, are becoming established, while VPNs (virtual private networks), previously reserved for experienced audiences, are spreading.

Piracy methods have thus diversified (IPTV, live-streaming, social networks...) alongside the more traditionally used methods (streaming, direct download and peer-to-peer). According to the 2022 edition of Arcom’s “Consumption Barometer”⁹, almost a quarter of Internet users (24%) say they have consumed at least one dematerialized cultural good unlawfully in the last 12 months, i.e., 27% of consumers of dematerialized cultural goods.

Questions arise about the balance between the rights of users and those of creators, and the need to reconcile intellectual property rights with freedoms of expression and communication in the face of this growing diversity of illegal

5. Arcom’s 2023-2025 Strategic Project, p. 6.

6. Arcom’s 2023-2025 Strategic Project, p. 8.

7. Arcom’s 2023-2025 Strategic Project, p. 9.

8. Stream ripping allows you to make copies of music or audiovisual content streamed.

9. https://www.arcom.fr/sites/default/files/2023-3/Essentiel_Barom%C3%A8tre%20de%20la%20consommation%20des%20biens%20culturels%20d%C3%A9mat%C3%A9rialis%C3%A9s_english%20version.pdf

uses and the increasingly porous boundary between the development of new technologies that are essentially neutral (such as VPNs) and their use for illegal purposes. One of the answers lies in the responsiveness and flexibility of public intervention to protect the rights of creators, while at the same time ensuring respect for other rights and freedoms.

The benefits of regulation. – Regulation, adapted to the rapid evolution of the illicit ecosystem, provides a flexible and complementary response to legal measures. To deal with increasingly complex and evolving techniques, there is a need for an expert regulator.

Indeed, as Arcom's Chair stated: "*With the arrival of new players such as content sharing platforms and social networks [...] the methods of regulation are bound to evolve. [...] Regulation [...] will become more collaborative, more participatory. The regulator will often be called upon to play the role of supervisor of the systems put in place by the operators themselves*".¹⁰

A new approach. – With the creation of a new regulatory authority, the anti-piracy strategy has evolved, with Arcom as the operator and embodiment of the transition from the historical mechanisms aimed at Internet users to those aimed at illegal services, with the pirate consumer still being the subject of educational support.

The graduated response procedure initially implemented by Hadopi was already part of this approach. Although the French system introduced in 2009

10. R.-O. Maistre, « La régulation des médias audiovisuels à l'ère numérique », *Comm. Com. Électr.*, entretien n° 5, 2019.

is a pre-criminal approach that can lead to a fine based on a 5th class offense, its nature is primarily educational, based on warnings sent to the owner of the Internet connection used for the unauthorized sharing of works protected by copyright or related rights. This logic of awareness-raising and accountability has been taken up more broadly within Arcom, which is committed to developing educational content, both in terms of media and information literacy and in terms of raising awareness of responsible and civic use of the Internet¹¹.

In support of its awareness-raising activities, the fight against illegal services now occupies a central place in the legal arsenal entrusted to Arcom. This new strategy is made possible by the solid means Arcom has at its disposal to combat various forms of piracy, in addition to legal action.

As part of the “*Protection of Rights on the Internet*” working group’s mission to protect creative works, Arcom has been given increased powers to reinforce traditional anti-piracy measures in cooperation with rights holders (1) and other stakeholders and institutions likely to be involved in this fight (2).

1. JOINT AND CONCERTED ACTION BY ARCOM AND RIGHT HOLDERS

In order to ensure that digital technology remains an opportunity for the cultural development of users and the strengthening of social cohesion

11. Arcom resources for media and information literacy and responsible use of the Internet, Arcom website.

through the unifying values of sport, Arcom is introducing new and ambitious regulations to protect sports creation and events on the Internet.

First and foremost, it supports the actions of rights holders, following the example of Hadopi, by raising the awareness of Internet users and promoting the protection of creation (A), but also, since Law No. 2021-1382 of 25 October 2021, by updating judicial decisions in sports and cultural matters (B).

A. Raising awareness among Internet users and promoting creative protection

Continue awareness-raising and listing legal offers by maintaining the graduated response procedure. – How can we effectively combat large-scale counterfeiting of copyright and related rights on the Internet? How can we discourage Internet users from resorting to such “common” practices of piracy, and how can we best deal with them? To this end, Law No. 2021-1382 of October 25, 2021, first of all, transferred to Arcom the means of action that had previously been the responsibility of Hadopi. It is thus responsible for copyright awareness actions¹², the listing of legal offers¹³ and the implementation of the graduated response procedure.

12. Article L. 331-12 of the IPC: “[Arcom] carries out awareness-raising and prevention activities aimed at all public audiences, in particular schools and universities.”

13. Article L. 331-12 of the IPC: “[Arcom] ensures (...) 2° A mission to promote the development of legal services and the monitoring of the lawful and unlawful use of works and objects protected by copyright, a related right or an audiovisual exploitation right referred to in the same article L. 333-10, on electronic communication networks used for the provision of online public communication services”.

The graduated response procedure is a good example of collaboration between the administrative and judicial bodies, which has proved its worth since 2009¹⁴. It is the French response to acts of piracy of cultural works committed on peer-to-peer networks. Its main objective is to warn Internet subscribers against the infringing use of their connection and, if such use continues, to punish the offense of gross negligence provided for in articles L. 336-3¹⁵ and R. 335-5¹⁶ of the French Intellectual Property Code and, where applicable, the offense of counterfeiting provided for in article L. 335-3 of the IPC¹⁷.

It is initiated by the rights holders¹⁸. They contact Arcom when they discover that protected works are being made available on peer-to-peer networks. On the basis of the information provided by the rights holders, Arcom asks the Internet service providers to identify the holder of the Internet subscription.

14. The procedure was instituted by Law No. 2009-669 of June 12, 2009, promoting the dissemination and protection of creation on the Internet and Law No. 2009-1311 of October 28, 2009, on the criminal protection of literary and artistic property on the Internet.

15. "The person who holds access to online public communication services is obliged to ensure that this access is not used to reproduce, represent, make available or communicate to the public works or objects protected by copyright or by a related right without the authorization of the holders of the rights provided for in Books I and II, where such authorization is required. Failure by the access holder to comply with the obligation set out in the first paragraph shall not give rise to criminal liability, subject to articles L. 335-7 and L. 335-7-1."

16. "I. Constitutes gross negligence, punishable by a fine laid down for fifth-class offenses, the fact that the person having access to on-line public communication services, without legitimate reason, when the conditions laid down in II:

1° Failure to implement a means of securing such access;

2° or for failing to exercise due diligence in the implementation of such means."

17. "Any reproduction, representation or distribution, by whatever means, of a creation of the mind in violation of the rights of the author, as defined and regulated by law, is also an infringement of copyright."

18. Article L. 331-19 of the IPC.

The procedure is carried out by a member of Arcom's Board, specially appointed for this purpose by virtue of his status as a judge – member of the *Conseil d'État* (Council of State) or the *Cour de Cassation* (Court of Cassation) – assisted by authorized and sworn agents of the authority, in accordance with the provisions of II of article L. 331-14 of the IPC¹⁹. The final decision on criminal sanctions rests with the judicial authority.

The contravention of gross negligence is aimed at subscribers who have not sufficiently secured their Internet connection. Criminal prosecution by the judicial authorities can only take place at the end of an educational and deterrent phase, which consists of sending three successive warnings for each new illegal upload of a protected work. At each stage of the procedure, 75% of the subscribers warned do not repeat the act. The discouraging effect of the procedure can also be measured by the reduction in the number of warnings sent at each of the three stages: in 2022, 151,803 first warnings were sent, followed by 40,318 second warnings, and only 3,201 files were found grossly negligent by Arcom's authorized and sworn agents at the third stage.

If the pedagogical phase fails, a member of the Arcom board in charge of this procedure examines the files on the basis of objective criteria and decides whether they should be sent to the public prosecutor (*procureur de la*

19. "II – In order to carry out the duties set out in paragraph 1 of sub-section 3 of this section, the agents mentioned in I of this article receive referrals sent to the authority under the conditions set out in article L. 331-19.

These agents may obtain from electronic communications operators the identity, postal address, e-mail addresses available to them and telephone contact details of any subscriber whose access to online public communication services has been used for the purposes of reproducing, representing, making available or communicating to the public protected works or objects without the authorization of the holders of the rights provided for in Books I and II, where such authorization is required."

République) with territorial jurisdiction. In 2022, 1,395 files were referred to the public prosecutor.

For some subscribers who remain impervious to warnings, a criminal response remains essential. In 2022, Arcom was notified of 910 legal consequences. Measures such as settlement (*composition pénale*) (an alternative procedure in which the public prosecutor proposes a sanction) and summary penalty order (*ordonnance pénale*) (a simplified sentencing procedure without prior hearing) have recently become more common. In order to increase the effectiveness of the judicial authorities' response to cases referred to them by Arcom, the designated member of the Board regularly visits the various public prosecutors' offices to raise awareness of the graduated response procedure.

New developments. – Any individual right-holder can now refer a case to Arcom on the basis of a bailiff's report, following the entry into force of Law No. 2021-1382 of October 25, 2021. Referral to Arcom is therefore no longer limited to collective management and professional defense organizations. In addition, the names of the creations that have been made available illegally can now appear directly in the warning. This allows the recipient of the warning to immediately identify the source of the illegal content.

Proven effectiveness, but too limited in scope of action. – In 2009, more than 8.3 million Internet users used peer-to-peer to illegally share copyrighted works; by 2022, this figure had risen to 2 million, representing around 22% of all Internet users engaged in illegal practices. This decrease is mainly due to the efforts of the regulatory authority, which has issued more

than 13.5 million warnings in thirteen years, but also to general trends in use, both legal and illegal, and to the development of legal services.

Even if peer-to-peer is no longer the majority practice for illicit access to dematerialized cultural goods, the graduated response remains essential, as this mode of access can be used as a complement to other illicit modes of access. It could even increase in value, as Hadopi already stated in 2019, “*due to its specific characteristics (ease of installation and use, product quality) and, in particular, when the judicial closure of massively infringing sites or platforms is ordered as part of actions taken by right holders*”.²⁰

However, with the emergence of other modes of access (such as streaming, direct downloading, IPTV or social networks), direct action against illegal services was essential.

B. Updating of court rulings on sport and culture

The fight against illegal cultural services and the extension of blocking to illegal sports services. – Law No. 2021-1382 of October 25, 2021, represents a major milestone in the fight against piracy, thanks to the paradigm shift it represents. While maintaining the graduated response procedure, it has increased the regulator’s resources and scope of action by providing Arcom

20. *Revue - Droit pénal*, n° 11 du 1er novembre 2019 : « Une procédure originale en matière de protection du droit d’auteur : la réponse graduée » (*Communication électronique*), a study by Isabelle GRAVIÈRE-TROADEC, Dominique GUIRIMAND and Tanneguy LARZUL, with the assistance of Héloïse GAS,.

with new anti-piracy resources, enabling it to update judicial measures to block illegal cultural or sports services.

Extending the fight against illegal services to those broadcasting sporting content is justified by the scale and consequences of these illegal practices. According to a study carried out by Arcom, 21% of French Internet users have already watched infringing sports content. More specifically, 10% of Internet users have watched an illegal sports live stream in the last six months and 8% have done so at least once a week²¹. The loss of revenue due to illegal access to sports broadcasts amounts to hundreds of millions of euros²². By structurally affecting the economy of pay-TV channels and, more generally, sports rights, sports piracy could affect the financing of the entire sports ecosystem, in particular professional and amateur clubs²³. It therefore seemed necessary to also protect sports rights holders from piracy practices.

Developments in combating piracy: a reminder of positive law prior to the Law of October 25, 2021, coming into force. – The existing system for combating illegal services, against which only right holders could take action, has been strengthened by the new anti-piracy tools made available to Arcom by this law.

21. Source: Arcom - Quantitative study on the impact of blocking illegal sports websites. https://www.arcom.fr/sites/default/files/2022-11/Essentiel%2024-10-2022_EN_LQP.pdf

22. https://www.hadopi.fr/sites/default/files/sites/default/files/ckeditor_files/2020_12_02_Etude_impact_economique_consommation_illicite_contenus_audiovisuels_retransmissions_sportives_Hadopi.pdf

23. A solidarity mechanism between professional and amateur sports exists in the form of a tax (called “Buffet tax”) on sports broadcasting rights transfers.

Since 2009, the latter have been able to ask the president of the judicial tribunal, in an expedited procedure, to “*take all appropriate measures to prevent or stop the infringement of copyright or related right against any person likely to contribute to its elimination*”. These “*cease and desist*” actions provided for in Article L. 336-2 of the IPC must be supported by solid evidence (proof of standing and proof of infringement). In accordance with European case law²⁴ based on the principle of proportionality, the *Conseil constitutionnel* (French constitutional council) expressed the reservation that the measures ordered must be “*strictly necessary to preserve the rights in question*”, with due respect for freedom of expression and communication²⁵. Furthermore, according to the case law of the Cour de cassation, the costs of blocking measures are generally borne by the Internet service providers who are responsible for implementing these judicial measures, unless “*a given measure proves to be disproportionate in terms of its complexity, cost and duration, to the point of jeopardizing the long-term viability of the economic model of the technical intermediaries*”²⁶.

For instance, the emblematic “The Pirate Bay” decision²⁷ was based on this Article L. 336-2 of the IPC. The Tribunal de grande instance of Paris, which was seized by the Société civile des producteurs phonographiques (SCPP), ordered Orange, Bouygues Télécom, Free and SFR to take all appropriate measures to prevent access to The Pirate Bay’s original site, redirection sites,

24. ECJ, Nov. 24, 2011, Case C-70/10, Scarlet Extended SA v SABAM.

25. Conseil constitutionnel decision No. 2009-580 DC of June 10, 2009, recital 38.

26. Cass. 1st civ., July 6, 2017, No. 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595.

27. TGI Paris, summary proceedings, 3rd ch. 1st section, December 4, 2014, RG No. 14/03236.

mirror sites and “proxies” for a period of twelve months from the date of the implementation of the measures.

However, until January 1, 2022 (the date set by the law of October 25, 2021, for Arcom to exercise its new powers), court decisions based on article L. 336-2 of the IPC did not allow for what is known as “dynamic” updating. The only solution for the right holders confronted with the emergence of mirror sites was to file a new lawsuit in order to obtain an update of the blocking measures for the remaining duration of the injunction. Thus, the judge could stipulate in his initial blocking decision “*that in the event that the dispute evolves, in particular through the modification of domain names or access paths, [the rights holders] may bring the matter before the present court in accordance with the accelerated procedure on the merits or by referring the matter to the judge of summary proceedings, summoning the parties present in these proceedings or some of them, so that the updating of the measures may be ordered*”²⁸.

Law No. 2021-1382 of October 25, 2021, on the regulation and protection of access to cultural works in the digital age has enriched this pre-existing system by introducing the following:

- a procedure to combat mirror sites: in accordance with articles L. 331-27 and R. 331-20 of the IPC, Arcom is empowered to update the decisions taken on the basis of article L. 336-2 of the IPC;

28. TJ de Paris (Judicial Tribunal of Paris), December 17, 2020, N° RG 20/10425 (SVEN, API, UPC, FNEF vs Bouygues Telecom, Orange, Free, SFR), p. 20.

– a procedure to combat the unauthorized retransmission of sports events and competitions: in accordance with articles L. 333-10 and L. 333-11 of the French Sports Code, legal action is now specifically open to sports rights holders (sports federations, sports event organizers, professional sports leagues and broadcasters), and Arcom has also been given the power to update these decisions.

Such a procedure was already envisaged in the bill filed by the President of the National Assembly on December 5, 2019 and on audiovisual communication and cultural sovereignty in the digital age, which was ultimately abandoned due to the health crisis²⁹.

Presenting the procedures arising from Law No. 2021-1382 of October 25, 2021. – These procedures allow rights holders to update the blocking measures ordered by the court. Arcom thus acts as a complement to judicial action and guarantees respect for the balance of rights and freedoms involved. However, its notifications or requests for updates are not coercive. In the event of difficulties, Arcom may ask the recipients of such notifications to justify themselves. Without prejudice to such a request, the President of the judicial court may be seized, in summary proceedings or on request, to order any measure likely to put an end to access to the disputed services.

Extension of takedown to illegal sports services. – Initially, Article 8.3 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council

29. Reference: Lexis 360 Intelligence - Revues - *Communication - Commerce électronique* n° 3 du 1er mars 2022 - Droits audiovisuels sportifs – “Le nouveau dispositif normatif de lutte contre le piratage des droits audiovisuels sportifs” - Study by Fabrice RIZZO.

of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (“DADVSI Directive”)³⁰ provided the basis for judicial blocking measures to combat illegal cultural services. Transposed into French law by Article 6.I.8 of Law No. 2004-575 of June 21, 2004, on confidence in the digital economy (“LCEN”)³¹, this judicial option was introduced into the IPC and is now set out in Article L. 336-2 of the Code³² (the text of which was introduced by Law No. 2009-669 of June 12, 2009, on the distribution and protection of creative works on the Internet). It is intended primarily for holders of copyright and related rights and their beneficiaries (or collecting societies and professional defense organizations).

In the past, there have been several unsuccessful attempts to extend the status of related rights to sports content. In 2018, the first draft of Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market included an Article “12a” granting a new related right for the benefit of sports event organizers.

30. « Member States shall ensure that right holders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe copyright or related right.”

31. “The judicial authority may, in summary proceedings or on request, order any person referred to in point 2 or, failing that, any person referred to in point 1, to take any measures likely to prevent or remedy damage caused by the content of an online public communication service”.

32. “In the event of an infringement of copyright or a right related to a copyright caused by the content of an online public communication service, the president of the court, who shall rule on the case in an accelerated procedure, may, at the request of the holders of the rights to the protected works and objects, their beneficiaries, the collective management organizations referred to in Title II of Book III or the professional defense organizations referred to in Article L. 331-1, order any measures likely to prevent or stop the infringement of copyright or the right related to the copyright against any person likely to contribute to its cessation. The request may also be made by the Centre national du cinéma et de l’image animée (National Centre for Cinema and Cinematography)”.

However, in application of ECJ case law³³, sports events are excluded from the definition of works under the Copyright Directive³⁴ and this article was ultimately not retained in the final version of the text. European initiatives are currently underway to address the issue of sports piracy, and the European Commission has issued a call for input on the fight against online piracy of live content, to which Arcom responded on February 15, 2023³⁵.

However, the Court of Luxembourg recognizes that such events may be granted specific protection by the various national legal systems³⁶.

Accordingly, French legislation grants sports federations and sports event organizers a right to exploit the sports events or competitions they organize, pursuant to Article L. 333-1 of the Sports Code. Article L. 216-1 of the Intellectual Property Code³⁷ also grants similar rights to audiovisual communication companies.

Procedure to combat illegal retransmission of sports events and competitions. – In accordance with article L. 333-10 of the Sports Code,

33. ECJ, Grand Chamber, Football Association Premier League Ltd and others v QC Leisure and others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08).

34. Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of April 17, 2019, on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC.

35. Arcom's response to the European Commission's call for input on combating online piracy of live content.

36. ECJ, gde ch., Football Association Premier League Ltd and others v QC Leisure and others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08), recital 100.

37. "Reproduction of its programs, as well as making them available to the public by sale, rental or exchange, broadcasting them on radio or television, making them available to the public online and making them available to the public in a place accessible to the public in return for payment of an admission fee, are subject to the authorization of the audiovisual communication company".

holders of audiovisual rights, audiovisual communication companies or professional sports leagues can now apply to the President of the judicial court to prevent access from French territory to services that illegally retransmit sporting competitions or events or whose main purpose or one of their main purposes is such retransmission. The latter may then communicate to Arcom the identification data of any online public communication service not yet identified on the date of the order, so that the authority can communicate these identification data to the persons named in the order, so that they can take the ordered measures with regard to this service, as long as these measures remain in force.

This procedure makes it possible to prevent access to sites that illegally broadcast sporting events. The French legislator has taken into account the specific nature of sporting events, which lies “*in the fact that the broadcasting of a competition is only of real interest if it takes place live. Therefore, when an event is illegally broadcast live, the value of the rights in question diminishes at the same time as the fraudulent broadcasting of the images, causing substantial and immediate³⁸ damage to their holders*”. Speed is therefore the main objective of this procedure.

Once the rights holders have provided Arcom with the service identification data, the Authority’s authorized and sworn agents must determine that the service in question is illegally broadcasting sports competition or event, or has such broadcasting as its main purpose or one of its main purposes.

38. Reference: Lexis 360 Intelligence - Revues - Communication - Commerce électronique n° 3 du 1^{er} mars 2022 - Droits audiovisuels sportifs – « Le nouveau dispositif normatif de lutte contre le piratage des droits audiovisuels sportifs » – Study by Fabrice RIZZO.

The Chair of Arcom or, in his absence, the member of the Board designated by him for this purpose, will notify the persons named in the order (in practice, for the time being, the Internet Service Providers) of the identification data of the site whose illegality has been established by Arcom, so that they may take all appropriate measures to prevent access from French territory (for the time being, DNS blockings). These blocking measures will apply only for the duration of the competition.

Some search engines have also voluntarily agreed (following the Arcom findings) to take dereferencing measures for services whose main purpose or one of their main purposes is the unlawful broadcasting of sports competitions or events (see below).

The law expressly provides for the costs of blocking to be shared in an agreement between sports rights holders and any person likely to contribute to the elimination of these rights' infringements.

Effective action. – The first application of the procedure pursuant to articles L. 333-10 III and L. 333-11 of the Sports Code took place following a summary order issued by the judicial court of Paris on January 20, 2022³⁹, in which the Court stated that “*for the duration of the measures, BeIN Sports France may communicate to [Arcom] the identification data of any online public communication service, not identified at the date of the decision, which illegally broadcasts the 2021 African Cup of Nations or whose main objective or one of*

39. No. RG 22/50416.

its main objectives is the unauthorized broadcasting of the 2021 African Cup of Nations.”

This first referral to Arcom was quickly followed by a dozen others. As of December 31, 2022, ten sports competitions had been referred to the Authority (Top 14 Rugby, French Open at Roland-Garros, The Championships at Wimbledon, Formula 1 World Championship, Moto GP, Fifa World Cup, African Cup of Nations, Champions League, League 1, League 2, English Premier League) for a total of 1,288 blocked domain names (512 at the request of the judge and 776 at the request of Arcom). According to Arcom’s 2022 study on the impact of blocking⁴⁰, the global illegal sports audience fell by 41% between 2021 and 2022, from an average of 2.8 million Internet pirate users to 1.6 million.

Due to its efficiency, this procedure is increasingly used by sports rights holders: in the first quarter of 2023 alone, Arcom has blocked more than 471 domain names.

Procedure to combat infringing mirror sites. – In the event of infringement of copyright or related rights, the aforementioned Law of October 25, 2021, also gives Arcom the power to update court decisions as part of the fight against mirror sites. This procedure, provided for in article L. 331-27 of the Intellectual Property Code, allows a right holder who has been the subject of a final court decision based on article L. 336-2 of the Intellectual

40. https://www.arcom.fr/sites/default/files/2022-11/Essentiel%2024-10-2022_EN_LQP.pdf

Property Code to ask Arcom to order any person to whom the decision applies to take the measures provided for therein in respect of any online public communication service which “*wholly or substantially*” reproduces the content of a service referred to in the same decision, for a period not exceeding the duration of the measures ordered by the judge.

First of all, the initial judicial decision must have become *res judicata* (i.e., no longer subject to appeal).

And then, in accordance with the provisions of article R. 331-20 of the IPC, this referral must be made by registered letter with acknowledgement of receipt, or by any other means that can be used to confirm the date of receipt and the identity of the addressee (including electronic means). It includes a copy of the initial court decision, a declaration on honor concerning the ownership of rights, and the identification data of the online public communication service considered as a mirror site.

Finally, Arcom’s authorized and sworn agents verify that the mirror service targeted by the rights holder’s request reproduces “*in whole or in substantial part*” the content of a site that was the subject of the original court order to block. To do this, they look for a number of clues (comparison of catalogs between the original site and the mirror site, comparison of the visual architecture of their home pages, comparison of domain names, etc.). Unlike judicial updates, which are limited by the current case law of the Paris judicial court⁴¹

41. Order of the Paris Judicial Court, May 6, 2021, N°RG 21/52699 (SVEN, API, UPC, FNEF vs Bouygues Telecom, Orange, Free, SFR); Paris Judicial Court, February 8, 2022 (RG n° 21/15569).

to new domain names for which instantaneous and immediate redirections from blocked domain names are carried out, Arcom's updating of judicial decisions makes it possible to target a larger number of so-called mirror services that are newly accessible without redirection from an initial blocked domain name.

Arcom's Board can therefore ask the persons targeted by the court decision (i.e., until now, Internet service providers) to take the measures provided for by the latter (blocking) against the mirror site. These blocking measures are only valid for the duration of the initial court order.

Arcom's dynamic enforcement of court decisions: promising cooperation with creative rights holders to better combat circumvention.

– The first referrals from rights holders in the creative sector to Arcom were made in October 2022. Since the start of this cooperation with rights holders, the authority has received around forty referrals, leading to the blocking of 166 domain names, in addition to those blocked ab initio in direct application of court rulings.

Such collaboration is particularly promising.

Arcom's powers are diverse and complementary. The legislator has also sought to develop flexible legal tools, encouraging the regulator to promote voluntary action on the part of the players concerned.

2. THE COOPERATION OF ARCOM WITH THE MAIN STAKEHOLDERS AND INSTITUTIONS INVOLVED IN THE FIGHT AGAINST THE INFRINGEMENT OF THE RIGHTS TO LITERARY AND ARTISTIC PROPERTY.

As stated in its strategic project for 2023-2025, Arcom's objectives include "Protecting rights in the cultural and sports fields, and encouraging agreements between creative actors and content-sharing platforms and technical intermediaries"⁴² (A) and "inscribing [its] action in the new European dynamic and amplifying its international aspect"⁴³ (B).

A) Encouraging intermediaries to adopt a virtuous approach to protecting rights

The development by Arcom of specific models of agreement applicable to certain missions (article L. 333-10 of the Sports Code and article L. 331-27 of the IPC): the example of the operational cooperation of the sports agreement. – Law No. 2021-1382 of October 25, 2021, provided for Arcom to draw up model agreements to be signed by rights holders and any person likely to remedy infringements in the context of the fight against mirror sites (I of article L. 331-27 of the IPC⁴⁴) and the fight against the unauthorized

42. Arcom's 2023-2025 Strategic Project, p. 13.

43. Arcom's 2023-2025 Strategic Project, p. 14.

44. "In order to facilitate the enforcement of the judicial decisions referred to in article L. 336-2, the authority adopts model agreements which it invites right holders and any person likely to contribute to the elimination of online infringements of copyright and related rights to conclude. In particular, the agreement specifies the conditions under which the parties must inform each other of the existence of a public online communication service which includes all or a substantial part of the content of the service covered by the decision. It commits any person likely to contribute to the elimination of online infringements of copyright and related rights, party to the agreement, to take the measures provided for in the court decision."

retransmission of sporting events and competitions (IV of article L. 333-10 of the IPC⁴⁵).

In the context of the fight against infringing mirror sites, the model agreements are expressly designed to “*facilitate the enforcement of the judicial decisions referred to in article L. 336-2*” of the IPC and are therefore primarily addressed to parties to judicial proceedings based on article L. 336-2 of the IPC (i.e., Internet service providers). As the provisions applicable to sports matters are broader, other intermediaries, such as alternative DNS or VPN providers, could be parties to this type of agreement. In addition, with regard to the fight against the illegal retransmission of sporting events and competitions, it is expressly stipulated that the agreement concluded on the basis of this specific text must clarify the sharing for the sharing of the costs of blocking measures (contrary to the aforementioned case law of the *Cour de Cassation* with regard to article L. 336-2 of the IPC⁴⁶, according to which the costs of blocking measures are in principle the responsibility of the Internet access providers).

The role of Arcom is to bring together the parties concerned and to encourage them to put in place a preventive contractual framework on the basis of a model agreement adopted by the Authority. As a result, on January 18, 2023, following a series of discussions between ISPs and right holders held

45. “*The Autorité de Régulation de la Communication Audiovisuelle et Numérique (French Audiovisual and Digital Communication Regulatory Authority) adopts model agreements to be concluded by the holders of the rights referred to in point I, the professional league, the audiovisual communication company having acquired an exclusive right and any other person likely to contribute to the cessation of the infringements referred to in point I. The agreement concluded between the parties shall specify the measures they undertake to take in order to put an end to any infringements of the exclusive right to audiovisual exploitation of the sports event or competition, as well as the distribution of the costs of the measures ordered on the basis of II*».

46. Cass. 1st civ., July 6, 2017, No. 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348, 16-18.595.

under its chairmanship, an agreement was signed between the members of the Fédération Française des Télécoms (FFTélécoms) and Free, on the one hand, and the members of the Association pour la protection des programs sportifs (APPS), on the other. In particular, the agreement deals with blocking measures implemented by ISPs and the distribution of the costs associated with these measures. As Arcom's Chair emphasized, "*the conclusion of this agreement is the culmination of a real team effort that will now continue to anticipate changes in usage, protect rights and ensure that they are fairly remunerated. The fight against sports piracy on the Internet protects the major competitions that bring us together, as well as the funding of amateur sports, the practice of which in our territories contributes to their vitality, promotes inclusion and fosters cohesion*"⁴⁷."

Encouraging voluntary agreements (article L. 331-12 IPC): a strong ambition. – In accordance with article L. 331-12 of the IPC⁴⁸, Arcom has the general power to take any measures (recommendations, best practice guides or model and standard clauses) to encourage the conclusion of voluntary agreements for the protection of copyright, related rights or audiovisual exploitation rights.

47. "Agreement signed between Internet service providers and sports rights holders to protect sports broadcasts", Arcom press release, January 18, 2023.

48. "*Within the framework of these missions, the authority shall take all measures, in particular through the adoption of recommendations, guides to good practice, models and standard clauses, as well as codes of conduct, aimed at promoting, on the one hand, the information of the public on the existence of the security measures referred to in article L. 331-20 of the present Code and, on the other hand, the signature of voluntary agreements likely to contribute to the elimination of infringements of copyright and related rights or audiovisual exploitation rights referred to in article L. 333-10 of the Sports Code, in electronic communication networks used for the provision of online public communication services*".

The provision is drafted broadly, so that these agreements are likely to affect any stakeholder wishing to participate in a voluntary approach to the fight against piracy from any type of illicit services. The aim of these agreements is the involvement of a wider range of intermediaries than just Internet service providers. In order to mobilize as many stakeholders as possible to contribute to the fight against piracy, Arcom intends to promote such agreements with priority target stakeholders such as search engines, hosting services, advertising agencies and stakeholders in online advertising or payment.

Arcom is also responsible for monitoring these voluntary commitments and evaluating the effectiveness of the agreements reached.

Promoting cooperation between right holders and content-sharing service providers and evaluating technological measures for the protection of works (Article 17 of the Copyright Directive). – Article 17 of Directive EC 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Market introduces a specific liability regime for online platforms that have a significant impact on the market for the online distribution of cultural content. These platforms must, in fact, obtain the authorization of the right holders of the protected works or objects to which they provide access (thus performing an “*act of communication to the public*” that falls within the scope of copyright or related rights). In the absence of such authorization, they must use their “*best efforts*” to make such works or protected objects unavailable on their services. Law No. 2021-1382 of October 25, 2021, on the regulation and protection of access to cultural works in the digital age, entrusted Arcom with the evaluation

of the effectiveness of the measures taken by online content sharing service providers to protect works and in order to ensure the unavailability of these works and objects.

As part of this mission, Arcom published questionnaires for content-sharing service providers and rights holders⁴⁹ in June 2022, followed by an initial assessment report in April 2023⁵⁰. This report shows that so far only the main providers of online content sharing services have implemented technical identification measures, and that such measures seem to be more appropriate for the audiovisual and music sectors than for other creative sectors⁵¹. The Authority made thirteen recommendations to service providers and rights holders to improve their cooperation in this area.

The Authority is also responsible for promoting cooperation between rights holders and providers of online content sharing services, in particular with a view to ensuring the availability on the service of content uploaded by users that does not infringe copyright.

Finally, Arcom has been given the power to settle disputes between users and rights holders in the event of a dispute over the action taken by a service

49. <https://www.arcom.fr/evaluation-des-mesures-de-protection-des-oeuvres-prises-par-les-fournisseurs-de-services-de-partage-de-contenus-en-ligne-questionnaires-aux-titulaires-de-droits-et-aux-services>

50. https://www.arcom.fr/sites/default/files/2023-05/Evaluation_des_mesures_techniques_identification_des_oeuvres_et_objets_proteges_mises_en_oeuvre_par_les_fournisseurs_de_services_de_partage_de_contenus.pdf

51. Highlights - Evaluation of technical measures for identification: effective tools, but they are mainly dedicated to audiovisual content and are not sufficiently widespread.

provider in response to a complaint from a user whose content it believes has been unduly blocked.

Objectives of the list of illegal services (article L. 331-25 IPC): expected impact, in addition to existing European and international lists. - The creation of a list of infringing services is intended to “*dry up the financing of these sites and thus the interest of pirates in creating them in violation of copyright*”⁵².

The creation of lists of counterfeiting services comes in particular from the United States (“*Review of Notorious Markets for Counterfeiting and Piracy*”, published in its entirety since 2011⁵³) and the European Union (“*Counterfeit and Piracy markets watch list*”, published for the first time in 2018).

In an increasing number of countries, the intervention of a public authority is required to guarantee the reliability of such a list and to assess its impact (in particular in Brazil, Denmark, India, Spain and the United Kingdom).

In accordance with article L. 331-25 of the IPC⁵⁴, Arcom’s mission is to draw up and publish a list of services that seriously and repeatedly infringe copyright or related rights.

52. Draft law on the regulation and protection of access to cultural works in the digital era (senat.fr)

53. 2012 Special 301 Out-of-Cycle Review of Notorious Markets: Request for Public Comments, A Notice by the Trade Representative, Office of United States on 08/14/2012

54. “*In the context of the mission referred to in article L. 331-12, 1°, the Audiovisual and Digital Communication Regulatory Authority may publish a list of the names and actions of the public on-line communication services which have been the subject of a consultation in which it has been established that these services have seriously and repeatedly infringed copyright or related rights*”.

The aim of the list is to encourage intermediaries (mainly those involved in online advertising and payment, but also anyone else who has a commercial relationship with the services on the list) to sever their commercial relationships with the identified services in order to cut off their funding (the “*follow the money*” approach) and to inform users in order to prevent them from visiting pirate sites (the “*name and shame*” approach).

Inclusion on the list involves a preliminary investigation by an independent rapporteur. At the request of the rapporteur, Arcom’s authorized and sworn agents investigate and establish the infringement of copyright or related rights and may request from the right holders any information referred to in article II of article L. 331-25 of the IPC. If the rapporteur considers that the findings justify listing, he will notify the department concerned of the findings and remind it of the consequences of listing. The file is then sent to the Chair of Arcom.

The person in charge of the disputed service is then invited to a public collegial session to present his observations. At the end of this meeting, the Arcom College deliberates, without the presence of the rapporteur, on the inclusion of the service in question on the list. The decision to include the service in question on the list shall state the reasons and the duration of the inclusion, which may not exceed twelve months. It is notified to the person responsible for the service in question and published on the Arcom website.

Paragraph VI of Article L. 331-25 of the IPC expressly states that such registration “*does not constitute a necessary preliminary step to any sanction or remedy that right holders may seek directly from a judge*”.

Finally, the registered service may request Arcom to be removed from the list at any time, provided that it can demonstrate its respect for copyright and related rights, in application of article R. 331-19 of the IPC.

B) Joining the European and international anti-piracy dynamic and cooperating with major digital stakeholders

The need to act at the right level. – As stated in Arcom’s Strategic Project: “Faced with phenomena that are common to most countries and global stakeholders, but also with a need for proximity expressed by audiences, the regulator can no longer operate at just a domestic level. The legitimate, relevant scope of intervention also includes the local, European and even international levels. Cooperation with other regulators and with major global digital stakeholders thus offers many opportunities to enable our societies to reap the full benefits of digital transformation. The recent adoption of the Digital Services Act illustrates the importance of a European approach to promoting our continent’s values and protecting citizens’ rights and freedoms online⁵⁵.”

The fight against piracy requires cooperation at the European and international levels, both with other regulators and with key digital stakeholders.

European and international cooperation with other regulators. – As the means to combat piracy are based on the application of French law, Arcom’s cooperation with its European and international counterparts is purely

55. Arcom’s 2023-2025 Strategic Project, p. 10.

voluntary. In fact, there are currently no legal instruments with a transnational scope that establish mandatory cooperation mechanisms, such as the General Data Protection Regulation 2016/679 of April 27, 2016 (GDPR) on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data or the Digital Services Act 2022/2065 of October 19, 2022 (DSA) with respect to the regulation of platforms. However, European initiatives are beginning to emerge. As mentioned above, Arcom has responded to the European Commission's call for comments on the draft European Recommendation on the fight against online piracy of live content⁵⁶. Arcom also pays particular attention to the work of the European Union Intellectual Property Office (EUIPO) – some Arcom employees are seconded national experts to the EUIPO – and the European Commission in the fight against piracy (e.g., the “*follow the money*” approach at European level).

Working with key digital stakeholders. – Arcom cannot overlook the need for dialogue with the major digital stakeholders. Indeed, the range of “soft law” tools at its disposal allows it to involve more intermediaries who play a role in the functioning of the piracy ecosystem. However, the power to encourage voluntary agreements goes beyond the national framework, given that many of the major digital players are based outside France. This approach therefore undoubtedly requires closer cooperation with the competent local authorities in order to encourage the support of the stakeholders concerned, who may find it advantageous to see their activities given a virtuous character.

56. Arcom's response to the Commission's to the European Commission's on the fight against online against online piracy of live live content.

* * *

Arcom's powers to protect creation, as outlined above, cannot be fully effective unless the agency is also resolute in its efforts to raise awareness and educate Internet users. As mentioned in the introduction, education in digital citizenship remains essential in the fight against piracy. We need to develop initiatives to help Internet users adopt a responsible, civic-minded approach to digital technology in order to promote online practices that respect intellectual property rights.

In January 2023, Arcom signed an agreement with the French Ministry of National Education and Youth. The aim of this partnership is to strengthen media, information and digital citizenship education in schools, to develop joint educational initiatives and to mobilize the networks of each institution in order to publicize and increase the impact of initiatives in this field.

To this end, **Arcom and the CNC have developed a communication campaign** (“Thank you to you who support creation”) **aimed at the general public, which was deployed as of June 2023 on TV screens**, in cinemas, on radio stations and on social networks from June 2023. The aim of the campaign is to raise awareness of the need to protect creativity, promote legal offers and highlight the growing number of people who have chosen to access cultural content online without engaging in piracy.

(English translation by Marie-Céline PALLAS)