

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les affaires Bhaalu et l'enregistrement en ligne de programmes de télévision

Dusollier, Séverine

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2015

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2015, 'Les affaires Bhaalu et l'enregistrement en ligne de programmes de télévision', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 58, pp. 53-55.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# DOSSIER

## Les affaires *Bhaalu* et l'enregistrement en ligne de programmes de télévision

Introduction de Séverine Dusollier<sup>1</sup>

### INTRODUCTION

En l'espace de six mois, pas moins de trois décisions de justice ont encadré la légitimité de services de diffusion et d'enregistrement de programmes de télévision à la demande, offerts par de nouveaux types de prestataires. C'est surtout la société flamande Right Brain Interface qui offre le service *Bhaalu*, qui en a fait les frais, se retrouvant au centre de deux de ces décisions.

Le service offert captait le signal des chaînes de télévision accessibles en Belgique et proposait aux internautes de requérir l'enregistrement de certains programmes pour les regarder en différé, pour un abonnement mensuel de cinq euros par mois. Les enregistrements étaient stockés sur un espace *cloud* et mis ensuite à la disposition des abonnés à leur demande.

Ce magnétoscope céleste, si l'on applique la terminologie étonnamment prémonitrice de «*celestial jukebox*» utilisée par Paul Goldstein en 1994, au tout début d'Internet, a bel et bien quitté le salon des téléspectateurs pour migrer vers les nuages. Profitant de la technologie numérique qui s'impose désormais au format et à la diffusion des programmes télévisés et de la capacité de stockage qu'offre Internet (alors dénommé *cloud* comme pour le rendre plus aérien et plus léger), de nouveaux services apparaissent pour libérer les individus de la programmation des enregistrements souhaités

et de la conservation de ceux-ci. Ils sont soit offerts par les diffuseurs des chaînes de télévision, classiques ou apparus avec Internet (câblodistributeurs, opérateurs de télécommunication...) ou sont le fait de nouveaux opérateurs qui se contentent de proposer le système d'enregistrement. Dans un premier temps, et surtout lorsque le service était offert en sus de la diffusion des chaînes, on parlait de *Catch-Up TV* ou télévision de rattrapage, offre incluse dans la majorité des packs d'abonnement à la télévision. Désormais, l'expression consacrée est celle de *nPVR* pour *network Personal Video Recorder*, pour marquer plus nettement que l'enregistrement se réalise sur le réseau et non plus sur l'équipement de salon du consommateur, ce qui en démultiplie les capacités.

Le *nPVR* est une question brûlante en droit d'auteur car elle interroge la légitimité de la copie privée – qui ne faisait pas de doute pour l'enregistrement de programmes télévisés pour les regarder en différé (*time-shifting*) –, lorsque cette copie est externalisée tant logiquement (la copie est effectuée par un tiers et non plus par l'utilisateur même de celle-ci) que physiquement (la copie se trouve sur les serveurs de cet opérateur). Lorsque la copie privée devient un service fourni par un prestataire de service, est-ce encore une copie réalisée dans le cercle de famille et à des fins strictement privées? Est-ce encore une copie négligeable sur le plan économique? D'autant plus que l'opérateur ne se contente pas de faire un

<sup>1</sup> Professeure à SciencesPo Paris et à l'UNamur.



## JURISPRUDENCE

enregistrement de programmes, il transmet à l'ensemble de son public ce contenu sur simple demande. Ne réalise-t-il pas ainsi un acte de mise à disposition du public, pour lequel une autorisation des titulaires de droit d'auteur et droits voisins est nécessaire? La note de Vincent Cassiers ci-après analyse la décision du président du tribunal de commerce d'Anvers, première décision judiciaire en Belgique sur cette question. La jurisprudence française a déjà eu l'occasion de sanctionner, sur le fondement du droit d'auteur, un service en ligne d'enregistrement de programmes télévisés, lui refusant le bénéfice de la copie privée<sup>2</sup>. De l'autre côté de l'Atlantique, une décision avait pourtant admis ce type de copie sur base du *fair use*<sup>3</sup>, même si l'acte de communication au public des enregistrements a été récemment qualifié d'atteinte au *copyright* par la Cour suprême américaine<sup>4</sup>. Dans l'attente d'une véritable jurisprudence sur le *nPVR* (la décision ici analysée étant particulière), les fournisseurs de services tels Belgacom ou Telenet hésitent à offrir cette possibilité sans autorisations des ayants droit.

Le législateur belge, ou plutôt flamand, y a ajouté une dimension de droit des médias en adoptant en 2013 une modification du décret flamand sur les médias audiovisuels requérant l'autorisation des organismes de télédiffusion pour toute retransmission différée, abrégée ou modifiée de leurs programmes, afin d'en préserver l'intégrité ainsi que les revenus publicitaires qui y sont associés, les enregistrements offerts par les distributeurs permettant en effet de « sauter » les publicités. L'arrêt que nous reproduisons ici sans commentaire a rejeté la demande en annulation de Telenet et autres

distributeurs de services audiovisuels intentée à l'encontre de cette disposition nouvelle. Le Vlaamse Regulator voor de Media a déjà appliqué cette disposition et c'est encore le service Bhaalu qui était en cause dans cette affaire<sup>5</sup>. L'enregistrement différé proposé a été considéré par le VRM comme une retransmission différée devant être autorisée par les organismes de télédiffusion.

Mais au-delà des discussions sur la légalité du service d'enregistrement en réseau, sous l'angle du droit d'auteur ou du droit des médias, l'affaire *Bhaalu* révèle une crispation des radiodiffuseurs quant au modèle de diffusion de leurs programmes. Le temps est révolu où le flux de ceux-ci, linéaire et non interrompu, était sous leur seule responsabilité et où les diffuseurs ne faisaient que transmettre ce flux, sans y toucher. Le numérique a cette capacité à offrir du contenu bien plus modulable et ouvert à des nouveaux services et modes de diffusion. Les programmes de télévision, dès lors qu'ils sont en format et en diffusion numérique peuvent être captés, découpés, offerts en différé, au gré de l'imagination des opérateurs et des demandes des téléspectateurs/internautes.

C'est une rengaine connue depuis le début d'Internet: comment départager les modèles économiques installés des nouveaux services que le numérique permet d'inventer? Si la technique ne limite plus les possibilités de diffusion, la loi doit-elle le faire artificiellement en créant des réservations juridiques? C'est le propre du droit d'auteur qui pallie l'absence de possession physique du bien immatériel par la création d'exclusivités juridiques permettant d'en attribuer la valeur aux créateurs et à leurs

<sup>2</sup> T.G.I. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 25 novembre 2008, *R.D.T.I.*, 2009, note T. STAMOS, « La copie privée cherche à s'étendre: feu vert pour le nPVR? », p. 105.

<sup>3</sup> *Cartoon Network v. CSC Holding*, 536 F.3d 131 (2<sup>d</sup> Cir. 2008).

<sup>4</sup> *American Broadcasting v. Aereo*, 573 US (2014).

<sup>5</sup> Vlaamse Regulator voor de Media, 12 janvier 2015, aff. n° 2015/1, *NV Medialaan, NV SBS Belgium en NV Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie t. NV Right Brain Interface*, disponible sur <http://www.vlaamseregulatormedia.be>.



ayants droit. Le décret flamand sur le droit des médias ne fait rien d'autre en réservant aux chaînes de télévision certains modes de diffusion de leurs programmes. Le législateur fige ainsi un modèle économique et compense les revenus publicitaires perdus par l'irruption technologique de nouvelles modalités de diffusion en soumettant ces dernières à autorisation des bénéficiaires de ces revenus. On retrouve le même mouvement dans les discussions relatives à la «taxe Google», qui vise à prélever chez les moteurs de recherche une dîme corrigeant (imparfaitement) les pertes d'une industrie de la presse, dépassée par la lecture des actualités en ligne. Et d'autres exemples pourraient être trouvés.

Ce déplacement n'est pas forcément illégitime. Il révèle la question de la valeur des contenus numériques et de leur répartition. Car Bhaalu et les autres opérateurs de *nPVR* captent la valeur des programmes de télévision pour les emballer dans un autre service pour lequel il existe une demande de leurs abonnés. Cette captation de valeur doit-elle être interdite? Compensée? Organisée? Ce service numérique est-il simi-

laire aux enregistrements faits à la maison ou ne crée-t-il pas un service concurrent à celui de l'organisme de télévision? Par exemple, une chaîne thématique, telle Disney Channel, accepterait-elle que ses programmes soient offerts à la diffusion en différé, dans un service qui pourrait finir par ressembler à de la vidéo à la demande, tant ceux-ci constituent finalement un large répertoire de dessins animés dans lequel les téléspectateurs pourraient puiser selon leurs envies, par le truchement du *nPVR*?

La coïncidence des décisions intervenues à l'encontre du service Bhaalu aurait mérité une analyse groupée du sort que réserve le droit belge aux enregistrements de programmes télévisés sur le réseau et à leur diffusion en différé à la demande. La *R.D.T.I.* a fait le choix de publier l'arrêt de la Cour constitutionnelle et la décision en droit d'auteur, même si celle-ci est en langue néerlandaise, accompagnée d'une note de Vincent Cassiers. Mais le dossier du *nPVR* et des nouveaux services audiovisuels au regard du droit d'auteur et du droit des médias n'est sans doute pas près de se clore.

