

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Un autre regard

Michaux, Benoît

*Published in:*  
20 ans de nouveau droit d'auteur

*Publication date:*  
2015

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Michaux, B 2015, Un autre regard: le droit d'auteur et la convergence des droits intellectuels. dans *20 ans de nouveau droit d'auteur*. Anthemis, Limal, pp. 123-133.

#### 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.

# Un autre regard

## Le droit d'auteur et la convergence des droits intellectuels\*

Benoît MICHAUX

*Professeur à l'Université de Liège et à l'Université de Namur  
Avocat au barreau de Bruxelles*

1. Il semblerait que le droit d'auteur ne manifeste pas un intérêt débordant et spontané pour la convergence des droits intellectuels. Les choses pourraient – voire *devaient* – changer, mais, pour l'instant, le constat va en ce sens.

Les raisons de cet isolationnisme se laissent aisément deviner. En réalité, le droit d'auteur se considère comme l'enfant gâté dans la famille des droits intellectuels, et il conserve une forte tendance à se complaire dans ce statut.

2. Il est vrai que certains signes l'encouragent dans cette direction.

Le droit d'auteur, c'est le droit qui a réussi à contraindre le législateur de l'Union à adopter plus d'une douzaine de directives<sup>1</sup> – excusez du peu – là où les autres droits de propriété intellectuelle ont dû se contenter de la portion congrue.

Le droit d'auteur, c'est celui qui a réussi à faire dire au législateur de l'Union qu'il lui fallait un niveau élevé de protection<sup>2</sup>. Le législateur communautaire ne l'a pas dit pour tous les droits de propriété intellectuelle.

De surcroît, le droit d'auteur est doté d'une puissance de feu peu commune lorsqu'on le compare aux autres droits intellectuels. Les nombreuses ramifications du droit d'auteur qui se sont développées à partir de ses deux branches essentielles que sont le droit exclusif de reproduction et le droit exclusif de communication au public sont à l'image des tentacules de la pieuvre. Rien ne paraît pouvoir leur échapper. Du moins à première vue.

Et, enfin, il y a le droit moral, ce droit si particulier et si propre au droit d'auteur. Du moins de prime abord.

3. Toutes ces caractéristiques du droit d'auteur ont réussi à installer celui-ci dans un statut privilégié. Il n'en fallait pas plus pour que ce droit entretienne un complexe de supériorité.

\* Pour l'essentiel, le présent texte reprend l'intervention effectuée par l'auteur lors de la journée d'étude du 16 janvier 2015, ce qui explique le recours fréquent à un style oral, direct et imagé.

<sup>1</sup> En matière de logiciels (91/250/CEE, 2009/24/CE), bases de données (96/9/CE), durée (93/98/CE, 2006/116/CE, 2011/77/UE), câble et satellite (93/83/CEE), droits voisins, location et prêt (92/100/CEE et 2006/115/CE), société de l'information (2001/29/CE), droit de suite (2001/84/CE), œuvres orphelines (2012/28/UE), gestion collective (2014/26/UE).

<sup>2</sup> Considérant 9 de la directive 2001/29/CE.

Dans un tel contexte, la convergence ne peut, pour un droit d'une telle envergure, que prendre les allures d'une menace de régression, comme si elle ne pouvait entraîner que l'abaissement vers l'étage inférieur, celui des autres droits de propriété intellectuelle.

Il n'empêche que le droit d'auteur, qu'il le veuille ou non, paraît aujourd'hui confronté à l'hypothèse de la convergence avec les autres droits intellectuels, laquelle tend à s'imposer comme un questionnement inévitable.

D'ailleurs, en adoptant le Code de droit économique, le législateur belge a forcé le droit d'auteur à la cohabitation avec ses cousins<sup>3</sup>, stimulant de ce fait la possibilité de convergence.

4. La convergence entre les droits de propriété intellectuelle est en vérité une idée assez naturelle. Si tous ces droits appartiennent à la même famille, c'est que, nécessairement, ils ont des gènes en commun. Encore faut-il les identifier.

5. La convergence est, en outre, une idée qui répond à une certaine logique. Nous vivons en effet dans un système où le cumul des droits intellectuels est possible, c'est-à-dire un système où un même objet peut être protégé par différents types de droits de propriété intellectuelle, notamment le droit d'auteur, le droit de marque et le droit des dessins ou modèles. À cet égard, il suffit de penser aux formes de produits ou aux logos qui sont susceptibles d'être protégés simultanément par les trois catégories de droit qui viennent d'être mentionnées, ou aux slogans qui sont susceptibles d'être protégés à la fois par le droit d'auteur et par le droit de marque.

Dans un tel environnement, il est logique de concevoir des règles qui soient harmonisées, pour éviter que des différences entre les régimes propres à chacun de ces droits ne finissent par générer des incohérences.

6. La convergence est une idée fonctionnelle. À l'heure actuelle, tous les droits de propriété intellectuelle se trouvent confrontés aux mêmes défis, en particulier les défis du numérique. Pensons aux nouvelles interférences entre les processus de dématérialisation et le monde physique, via, par exemple, l'impression 3D, qui touchent d'autres droits que le droit d'auteur, à savoir le droit des marques, le droit des brevets et le droit des dessins ou modèles. Il est raisonnable dans ce contexte de concevoir un mécanisme de fonctionnement qui soit commun aux différents droits.

7. Dès lors qu'elle est naturelle, logique et fonctionnelle, la notion de convergence entre les droits intellectuels peut donc difficilement être ignorée. Même si le droit d'auteur semble encore hésitant à la rencontrer – parce qu'il bénéficie d'une *aura* de supériorité.

À ce propos, toute la question est de savoir si la supériorité du droit d'auteur n'est pas une supériorité de façade. Il se pourrait bien – certains indices semblent le suggérer – que, malgré les illusions dont il se nourrit, le droit d'auteur soit en réalité tombé de son piédestal. Dans ce nouveau contexte, la convergence se révélerait davantage comme une opportunité que comme une menace.

8. Prenons deux exemples pour illustrer l'affaiblissement du droit d'auteur et, par voie de conséquence, l'intérêt éventuel que celui-ci aurait à se rapprocher d'une convergence avec les autres droits de propriété intellectuelle.

<sup>3</sup> Voy. le livre XI relatif à la propriété intellectuelle, inséré dans le Code de droit économique par la loi du 19 avril 2014 (M.B., 12 juin 2014, p. 44470).

9. Le premier exemple qui vient à l'esprit est sans doute celui du droit moral. Dans la symbolique commune, le droit moral est, en effet, régulièrement brandi comme un des modes d'expression les plus forts de la supériorité prétendue du droit d'auteur.

10. Mais, à l'examen, l'on s'aperçoit que le droit moral est quasiment une coquille vide dans la sphère communautaire, c'est-à-dire la sphère qui compte dorénavant le plus dans la construction des droits intellectuels.

Le législateur de l'Union a délibérément choisi d'abandonner le sujet au droit des États membres et aux dispositions de la Convention de Berne et des traités OMPI<sup>4</sup>.

11. Quant à la Cour de justice, elle semble dorénavant plus encline à éviter ce terrain plutôt qu'à l'investir<sup>5</sup>. En 1993, à l'époque de l'arrêt *Phil Collins*, la Cour faisait encore la part belle au droit moral, comme étant l'apanage du droit d'auteur. Dans ces temps-là, elle soulignait que les droits moraux – qui étaient cités de manière prioritaire, avant même les droits économiques – faisaient partie de l'objet spécifique de la propriété littéraire et artistique<sup>6</sup>. Aujourd'hui, la Cour de justice ne mentionne même plus le droit moral, comme si elle était gênée d'en reconnaître l'existence.

Cet embarras devient presque caricatural, comme l'a encore dernièrement révélé l'arrêt *Deckmyn*. Dans cet arrêt, la Cour ne cite pas le droit moral. Et, pourtant, elle en est toute proche. Il y a un attendu qui le frôle. Dans cet attendu, la Cour estime que l'auteur a un intérêt à ce que son œuvre ne soit pas associée à un message discriminatoire<sup>7</sup>. Pour parler vrai, c'est là du droit moral qui ne dit pas son nom. La Cour reconnaît en effet que le titulaire du droit d'auteur est en droit de faire respecter l'esprit de l'œuvre, c'est-à-dire qu'elle admet une forme de droit d'intégrité, soit une composante majeure du droit moral. Mais elle s'abstient soigneusement de le nommer.

12. Ce désinvestissement du juge communautaire est d'autant plus surprenant que le sujet du droit moral de l'auteur revêt un caractère particulièrement actuel dans le contexte de l'environnement numérique. L'exploitation digitale des œuvres sur les réseaux les fragilise, en effet, singulièrement sur ce terrain-là.

La problématique des hyperliens est spécialement emblématique à cet égard. Cependant, la Cour de justice y est à nouveau étonnamment muette sur le chapitre du droit moral.

Ainsi, dans l'arrêt *Svensson*<sup>8</sup>, la Cour ne fait aucune allusion au droit moral, alors qu'une occasion non négligeable s'offrait à elle, ne fût-ce que d'évoquer ce droit.

Les hyperliens inspirent naturellement les réflexions sur le sujet du droit moral. Il n'est guère contestable, en effet, que l'utilisation de ce procédé soit susceptible de projeter l'œuvre dans un autre contexte que le contexte initial dans lequel elle s'inscrivait et, de ce fait, de dénaturer son esprit. Le droit moral a toute sa place dans ce type de situations. Les spécialistes de la matière s'accordent à dire qu'en pareil cas, l'auteur devrait pouvoir s'opposer à ce que son œuvre soit associée à un contenu qui pourrait porter atteinte à l'image de l'œuvre.

<sup>4</sup> Considérant 19 de la directive 2001/29/CE.

<sup>5</sup> Ce que déplorent, à juste titre, un certain nombre de spécialistes de la matière. Voy., notamment, M.-C. JANSSENS, « Le droit moral en Belgique », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2013, pp. 93-125.

<sup>6</sup> C.J.C.E., 20 octobre 1993, *Phil Collins*, C-92/92 et C-326/92, point 20.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn*, C-201/13, point 31.

<sup>8</sup> C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson*, C-466/12.

Il est vrai que, dans *Svensson*, la question ne se présentait pas sous l'aspect d'une dénaturation de l'esprit de l'œuvre. En revanche, il aurait été concevable, dans cette affaire, d'esquisser une autre facette du droit moral. La Cour suggère, en effet, que l'auteur doit être en mesure de s'opposer à ce que des hyperliens fassent réapparaître l'œuvre lorsqu'il a décidé qu'elle devait disparaître du site Web où il l'a initialement placée<sup>9</sup>. Ce faisant, la Cour n'est pas loin de l'idée d'une certaine forme de droit au repentir<sup>10</sup>.

Mais il faut bien se résoudre à constater que la Cour se garde bien de désigner le droit moral, de quelque manière que ce soit. À aucun moment elle n'en prononce le nom. *A fortiori*, elle ne formule aucune réserve en faveur de l'auteur sur ce plan.

Certes, la référence au droit moral n'est sans doute pas indispensable dans les situations où, du point de vue pratique, la figure du droit économique, par exemple, le droit de communication au public, suffit à apprécier le pouvoir d'interdiction de l'auteur. Il fut néanmoins une époque – celle de l'arrêt *Phil Collins*<sup>11</sup> – où la Cour ne se limitait pas à fonder ses analyses sur les seules prérogatives économiques de l'auteur.

Il ne faut toutefois pas exagérer la portée du silence de la Cour sur la question du droit moral, en particulier dans l'affaire *Svensson*. Ce silence n'est, en effet, qu'un silence de circonstance. Il ne signifie d'aucune façon que, par principe, le droit moral serait hors sujet dans une telle configuration<sup>12</sup>.

13. Par contraste, l'on s'aperçoit que d'autres droits de propriété intellectuelle progressent de manière à peine masquée sur le territoire du droit moral et que, de leur côté, ils parviennent à capter l'attention de la Cour de justice. Parmi eux, un droit qu'on n'attendait pas sur ce terrain, à savoir le droit des marques. Pourtant la marque n'est pas (nécessairement) une création<sup>13</sup>. *A fortiori*, la marque n'est pas une création qui exprime une personnalité. De prime abord, le droit des marques semble se situer donc fort loin de la sphère du droit moral.

14. À la réflexion cependant, le droit des marques n'est pas si éloigné du domaine du droit moral.

En vérité, la marque est déjà en soi une sorte de droit de paternité. Qu'est-ce qu'en effet que la marque, sinon l'indication de provenance d'une entreprise pour des produits ou des services, donc une forme de droit de paternité? D'ailleurs, les commentateurs du droit d'auteur ne s'y trompent pas. Quand ils parlent du droit de paternité en droit d'auteur, ils font état d'un quasi-droit de marque<sup>14</sup>.

15. De surcroît, la marque révèle d'autres facettes morales que celle liée à la paternité. L'on observe à ce sujet que le rôle de la marque ne se résume plus à indiquer une provenance commerciale ou à garantir une qualité.

<sup>9</sup> C.J.U.E., *Svensson*, C-466/12, point 31.

<sup>10</sup> En ce sens, J. GINSBURG, « Le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante », in F. BRISON, S. DUSOLLIER, M.-C. JANSSENS et H. VANHEES (éd.), *Le droit moral au 21<sup>e</sup> siècle*, Actes du Congrès de Bruxelles de l'ALAI, 2015, p. 248.

<sup>11</sup> Voy. *supra*.

<sup>12</sup> Dans notre sens, T. SHAPIRO, « Le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante », in F. BRISON, S. DUSOLLIER, M.-C. JANSSENS et H. VANHEES (éd.), *Le droit moral au 21<sup>e</sup> siècle*, op. cit., p. 122; P. SIRINELLI, in F. BRISON, S. DUSOLLIER, M.-C. JANSSENS et H. VANHEES (éd.), *Le droit moral au 21<sup>e</sup> siècle*, op. cit., p. 140.

<sup>13</sup> Il peut lui arriver d'en être une et, en pareil cas, elle est susceptible de révéler un caractère distinctif intrinsèque. Mais la condition de caractère distinctif ne requiert pas en tant que telle un acte de création.

<sup>14</sup> Voy., notamment, à ce propos, J.-M. BRUGUIÈRE, « Du droit des marques dans le droit d'auteur », in *Liber amicorum Georges Bonet, Droits de propriété intellectuelle*, Le droit des affaires, IRPI, n° 36, Litec, 2010, pp. 87-99.

Depuis quelques années maintenant, la marque révèle pleinement ses autres fonctions aux yeux de la Cour de justice. Parmi elles, la fonction de communication. C'est une fonction qui a reçu un éclairage particulier dans l'arrêt *L'Oréal c. Bellure*<sup>15</sup>, et ensuite dans les arrêts subséquents, dont l'autre arrêt *L'Oréal, L'Oréal c. eBay*<sup>16</sup>.

La fonction de communication n'a pas été définie de manière précise par la Cour de justice. Mais enfin, l'on devine à travers ses arrêts ce dont il s'agit. C'est la faculté pour le titulaire de la marque de protéger l'image de sa marque.

En particulier, le titulaire doit pouvoir s'opposer à l'influence négative qui serait exercée sur l'image de sa marque<sup>17</sup>. Ainsi, dans le cas d'un parfum ou d'un produit cosmétique, le retrait de l'emballage est susceptible d'affecter l'image de luxe et de prestige attachée à la marque, de manière telle que le titulaire doit être en mesure de l'interdire<sup>18</sup>.

Par ailleurs, il doit également disposer du pouvoir d'empêcher un usurpateur de réaliser en sa faveur un transfert de l'image de la marque<sup>19</sup>.

De manière générale, le juge communautaire admet que la marque mérite d'être défendue en ce qu'elle est un vecteur de transmission de messages d'images et de sensations<sup>20</sup>, de manière telle que le droit à la marque doit permettre d'interdire ce qui est susceptible de porter atteinte à ces transmissions.

16. En définitive, force est de constater qu'en droit des marques, le droit communautaire accepte de permettre au titulaire de défendre l'image de l'objet protégé, alors qu'en droit d'auteur, le droit communautaire ne reconnaît pas cette faculté au titulaire du droit.

Il y a donc une nécessité d'intégrer cette dimension à l'étage communautaire pour le droit d'auteur, comme d'autres<sup>21</sup> l'ont déjà souligné.

Dans ce contexte, il semble opportun de relever que le droit d'auteur ferait bien de s'inspirer du droit des marques. En vérité, le droit d'auteur est dépassé par d'autres droits sur un terrain qui lui paraissait réservé. Il n'est pas trop tard pour résorber son retard inattendu. Mais encore faut-il que le droit d'auteur réalise que la convergence est une opportunité plus qu'une menace à ce sujet.

17. Prenons un autre exemple susceptible d'illustrer la possibilité d'une convergence entre le droit d'auteur et une autre catégorie de droits intellectuels.

Cette fois, il s'agit de la convergence entre le droit d'auteur et le droit *sui generis* attaché aux bases de données.

18. En 1996, le législateur de l'Union adopte la directive concernant la protection juridique des bases de données. Dans ce cadre, il accorde deux droits fondamentaux au fabricant de la base de données, à savoir celui qui investit de manière substantielle dans l'obtention, la vérification et la présentation des données. Ces deux droits sont, d'une part, l'extraction et, d'autre part, la réutilisation du contenu de la base de données.

<sup>15</sup> C.J.C.E., 18 juin 2009, *L'Oréal c. Bellure*, C-487/07.

<sup>16</sup> C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal c. eBay*, C-324/09.

<sup>17</sup> C.J.C.E., *L'Oréal c. Bellure*, C-487/07, point 40.

<sup>18</sup> C.J.U.E., *L'Oréal c. eBay*, C-324/09, points 78 et 83.

<sup>19</sup> C.J.C.E., *L'Oréal c. Bellure*, C-487/07, point 41.

<sup>20</sup> Voy. aussi, en ce sens, T.U.E., 19 juin 2008, *Spa c. Mineral Spa*, T-93/06, points 26 et 40.

<sup>21</sup> M.-C. JANSSENS, « Le droit moral en Belgique », op. cit.; voy. aussi cette même auteure dans le présent ouvrage, pp. 135-161.

Dès le début, certains spécialistes observent que ces deux droits leur font furieusement penser aux deux droits fondamentaux en droit d'auteur, c'est-à-dire le droit de reproduction, d'une part, et le droit de communication au public, d'autre part<sup>22</sup>. Pour ceux-là, l'extraction en droit *sui generis*, c'est le quasi-homologue de la reproduction en droit d'auteur. Et la réutilisation en droit *sui generis*, c'est le quasi-homologue de la communication au public en droit d'auteur<sup>23</sup>.

19. Certes, au départ, la prudence restait de mise, dès lors que le législateur avait visiblement cherché à opter pour une terminologie spécifique dans le domaine du droit *sui generis*.

Néanmoins, en 2008, c'est à la concordance entre le droit d'auteur et le droit *sui generis* que la Cour de justice semble prête à donner un coup de pouce significatif; en tout cas pour partie, en ce qui concerne le droit d'extraction. Dans l'arrêt *Directmedia Publishing*, elle confirme, en effet, que le droit d'extraction dans le domaine du droit *sui generis* est un quasi-homologue du droit de reproduction dans le domaine du droit d'auteur. Pour désigner l'extraction, la Cour utilise les termes de « copie » et de « recopiage »<sup>24</sup>, soit des termes régulièrement utilisés pour désigner la reproduction en droit d'auteur. Bien plus, elle explique que l'extraction est un acte qui consiste à reproduire<sup>25</sup>. Autrement dit, la Cour utilise le terme de reproduction pour désigner l'extraction, comme un synonyme presque parfait.

20. De manière particulièrement remarquable, la Cour importe en droit *sui generis* encore davantage de notions issues du droit d'auteur, au point que le premier donne même l'impression de dépasser le second dans la sphère communautaire.

La Cour considère en effet que, dans le domaine du droit *sui generis*, le droit d'extraction s'étend au droit d'adaptation. En d'autres termes, dans ce domaine-ci, le droit d'adaptation est explicitement consacré par le droit de l'Union. En revanche, dans le domaine du droit d'auteur, il y a, à l'heure actuelle, encore des discussions quant à savoir si le droit d'adaptation, en tant que composante du droit de reproduction, est lui aussi intégré dans la sphère communautaire. Il y a peu encore, dans l'affaire *Art & Allposters International*, l'avocat général lui-même semble avoir pris le parti de le contester<sup>26</sup>.

Il fait peu de doute que, si le droit d'auteur veut tenir son rang à l'étage communautaire, il serait bien inspiré de suivre l'exemple du droit *sui generis* à qui il a servi de modèle. Plus précisément, il aurait intérêt à faire consacrer à son tour le droit d'adaptation par le droit de l'Union, plutôt que de se contenter de reléguer ce droit au champ d'application de la Convention de Berne. À cet égard, la convergence avec le droit *sui generis* s'avérerait spécialement utile au droit d'auteur. Elle ne ferait par ailleurs que confirmer une solution qui semble déjà implicitement approuvée par la Cour de justice dans le domaine du droit d'auteur. En effet, l'arrêt *Infopaq* corrobore le droit exclusif de l'auteur à l'égard de la reproduction qui se limite à une partie de l'œuvre, c'est-à-dire à une composante de l'œuvre qui est originale en tant que telle<sup>27</sup>. Ce faisant, l'arrêt *Infopaq* concerne très certainement l'adaptation, car celle-ci n'est rien

<sup>22</sup> Cette idée continuera à faire son chemin. Voy., à ce propos, E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases, A Comparative Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, p. 51.

<sup>23</sup> En ce sens, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 106.

<sup>24</sup> C.J.C.E., 9 octobre 2008, *Directmedia Publishing*, C-304/07, point 37.

<sup>25</sup> *Ibid.*, point 40.

<sup>26</sup> Concl. présentées le 11 septembre 2014 dans l'aff. *Art & Allposters International*, C-419/13, point 56.

<sup>27</sup> C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08.

d'autre que la reproduction d'une partie de l'œuvre, quand bien même cette reproduction s'accompagne de modifications.

21. Qu'en est-il de l'autre versant du droit *sui generis*, à savoir le droit de réutilisation, et de sa proximité génétique avec le droit de communication au public dans le domaine du droit d'auteur?

Cette fois, c'est le législateur de l'Union lui-même qui fournit de sérieux indices dans le sens d'une concordance.

Dans la directive de 1996 sur les bases de données, le législateur définit la réutilisation. Il s'agit de toute forme de mise à la disposition du public, notamment par l'entremise de la transmission en ligne<sup>28</sup>.

« Mise à la disposition du public », « transmission » : ce sont des notions de droit d'auteur. La directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur mentionne tant la première<sup>29</sup> que la seconde<sup>30</sup> de ces deux notions.

De prime abord, il ne semble pas y avoir de raison de traiter de manière différente ces notions au motif qu'elles figurent dans des directives distinctes. Il est généralement considéré à ce propos que, quand une même notion est utilisée dans deux directives différentes, elle revêt en principe une signification identique, sauf si le législateur de l'Union a exprimé dans un contexte législatif précis une volonté différente. C'est le principe de cohérence interne du droit de l'Union. La Cour de justice a évoqué ce principe à diverses reprises, notamment dans l'arrêt *Premier League*, à propos de la notion de communication au public qui intervient tant dans le domaine du droit d'auteur que dans celui des droits voisins<sup>31</sup>.

22. En l'espèce, il faut cependant précisément relever que la notion de mise à la disposition du public n'est peut-être pas exactement la même dans la directive 2001/29/CE concernant le droit d'auteur et dans la directive 96/9/CE concernant les bases de données.

Dans le premier cas, elle semble avoir été conçue par le législateur de l'Union dans le sens étroit de « transmission interactive à la demande », ainsi que l'a observé la Cour de justice dans l'arrêt *C-More Entertainment*<sup>32</sup>. Le texte de la directive sur le droit d'auteur fait, en effet, état d'une mise à la disposition du public « de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »<sup>33</sup>.

En revanche, dans le cas de la directive concernant les bases de données, la notion de mise à la disposition du public a manifestement été conçue par le législateur dans un sens plus large, dès lors que le texte vise expressément « toute forme de mise à la disposition du public », « [...] par transmission en ligne ou sous d'autres formes »<sup>34</sup>.

23. Malgré ce qui précède, il n'est toutefois pas sûr que dans le contexte de la directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur, la notion de mise à la disposition du public soit nécessairement utilisée dans son seul sens étroit de synonyme de « transmission interactive à la demande ».

<sup>28</sup> Art. 7.2, b, de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données.

<sup>29</sup> Art. 3 de la directive 2001/29/CE.

<sup>30</sup> Considérant 23 de la directive 2001/29/CE.

<sup>31</sup> C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Premier League*, C-403/08, point 188.

<sup>32</sup> C.J.U.E., 26 mars 2015, *C-More Entertainment*, C-279/13, point 26.

<sup>33</sup> Art. 3.1 de la directive 2001/29/CE.

<sup>34</sup> Art. 7.2, b, de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données.

Il apparaît, au contraire, que la Cour de justice utilise systématiquement la notion de mise à la disposition du public dans un sens large, pour définir la notion générale de communication au public.

Ainsi, dans l'arrêt *Svensson*, la Cour décide que, « pour qu'il y ait "acte de communication", il suffit, notamment, qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité [...] »<sup>35</sup>.

Par ailleurs, l'arrêt *C-More Entertainment* lui-même relève que la mise à la disposition du public au sens étroit de transmission interactive à la demande fait partie de la notion plus large de « communication au public »<sup>36</sup>. À ce dernier égard, la Cour ne remet pas en cause sa jurisprudence antérieure aux termes de laquelle la notion de communication au public se définit par la mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès.

Autrement dit, dans le contexte de la directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur, la notion de mise à la disposition du public s'entend également de manière large, comme en droit *sui generis*.

24. Or, en dépit de cette proximité entre le droit d'auteur et le droit *sui generis* sur la notion de mise à la disposition du public, l'on constate que la Cour de justice propose à ce sujet des solutions extrêmement différentes – pour ne pas dire contraires.

En droit *sui generis*, l'arrêt *Innoweb*<sup>37</sup> se montre favorable aux intérêts du titulaire, alors qu'en droit d'auteur, l'arrêt *Svensson*<sup>38</sup> se montre, quant à lui, défavorable aux intérêts de l'ayant droit. Dans les deux cas, la configuration factuelle et la question posée présenteraient cependant des points communs. En effet, dans les deux affaires, le défendeur fournissait des hyperliens vers un contenu protégé, et, en substance, il s'agissait de déterminer, notamment, si le défendeur réalisait un acte de mise à la disposition du public relevant du droit exclusif du plaignant. La Cour a répondu par l'affirmative dans le premier cas et par la négative dans le second.

25. Cela signifie-t-il que, pour la Cour de justice, le droit *sui generis* est plus puissant que le droit d'auteur ?

Rien n'indique que telle aurait été l'intention du législateur. S'il devait y avoir une supériorité d'un droit sur l'autre, dans la compréhension commune, c'est plutôt au droit d'auteur qu'elle devrait bénéficier.

Le droit *sui generis* n'est, en effet, considéré que comme un droit « voisin » par rapport au droit d'auteur, même s'il ne fait pas formellement partie des droits voisins « classiques », à savoir ceux qui sont le plus souvent étiquetés comme tels. Ceux-ci correspondent aux droits des artistes-interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et de premières fixations de films, ainsi que des organismes de radiodiffusion. Le législateur de l'Union a cependant tenu à signaler que ces derniers droits ne constituent pas l'intégralité des droits voisins, ce qui sous-entend qu'il peut y en avoir d'autres<sup>39</sup>. L'on observera, en outre, que, si, dans la directive 2001/29/CE, le droit

<sup>35</sup> C.J.U.E., *Svensson*, C-466/12, point 19.

<sup>36</sup> C.J.U.E., *C-More Entertainment*, C-279/13, point 24.

<sup>37</sup> C.J.U.E., 19 décembre 2013, *Innoweb*, C-202/13.

<sup>38</sup> C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson*, C-466/12.

<sup>39</sup> Selon l'intitulé de la directive 2006/115/CE, les droits des artistes, des producteurs et des radiodiffuseurs ne constituent que « certains » droits voisins du droit d'auteur.

*sui generis* n'est pas formellement qualifié de droit voisin, à certains égards, il est mis sur le même pied que les droits voisins « classiques »<sup>40</sup>.

Lorsqu'un droit considéré comme voisin par rapport au droit d'auteur se voit reconnaître un attribut, cet attribut est généralement censé profiter au droit d'auteur. Le législateur de l'Union a d'ailleurs souligné à ce propos que la directive 2001/29/CE relative au droit d'auteur se fonde sur des règles et principes déjà établis par les directives antérieures en matière de propriété intellectuelle, notamment la directive 96/9/CE relative aux bases de données<sup>41</sup>. La Cour de justice en a déduit que les notions figurant dans ces directives antérieures sont transposables au domaine du droit d'auteur, en vertu des exigences de l'ordre juridique de l'Union et de sa cohérence<sup>42</sup>.

26. Donc, si les solutions *Innoweb* et *Svensson* sont différentes, ce n'est *a priori* pas sur le terrain du droit qu'il conviendrait par priorité d'en chercher l'explication, mais bien plutôt sur le terrain des faits. En effet, sur le plan juridique, il importe de considérer que, dans la mesure du possible, les notions propres au droit *sui generis* et au droit d'auteur ont en principe vocation à être traitées comme des notions concordantes.

Il faut néanmoins reconnaître que, même si l'approche ainsi proposée semble globalement raisonnable, elle recouvre une réalité un rien plus complexe.

27. Tout d'abord, bien qu'il existe une forte parenté entre les notions de réutilisation, en droit *sui generis*, et de communication au public, en droit d'auteur, cela n'enlève rien au fait que, dans le domaine du droit d'auteur, la Cour de justice soumet l'application du droit exclusif à une exigence qu'elle ne mentionne pas dans le domaine du droit *sui generis*. Plus précisément, en droit d'auteur, la Cour énonce que le droit exclusif ne s'applique que si la mise à la disposition du public s'adresse à un « nouveau public », alors qu'elle ne le dit pas à propos du droit *sui generis*.

Il est toutefois très discutable que cette divergence de langage traduise une réelle divergence sur le fond.

Comme on le verra, en droit *sui generis* aussi, comme en droit d'auteur, la Cour de justice se montre fort sensible, pour l'application du droit exclusif, au fait que le défendeur parvient à capter une clientèle qui lui est propre. Or c'est précisément ce type de captation qui l'amène à conclure, en droit d'auteur, que la mise à la disposition du public vise un « nouveau public » et déclenche ainsi l'application du droit exclusif.

Il n'y a donc pas, sur cette question, semble-t-il, un véritable écart juridique de fond entre le domaine du droit *sui generis* et celui du droit d'auteur.

28. Par ailleurs, il est exact que, lorsqu'elle se prononce sur la portée du droit exclusif de mise à la disposition du public dans le domaine du droit *sui generis*, la Cour s'appuie de manière insistante sur la nature particulière de ce droit.

Plus précisément, elle souligne que la protection du droit *sui generis* vise à garantir la rémunération d'un investissement<sup>43</sup>. Cette protection tend donc à attribuer au titulaire le droit d'interdire des actes qui sont de nature à le priver des revenus censés lui permettre d'amortir le coût de cet investissement<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> En particulier dans le domaine de la protection des mesures techniques et de l'information sur le régime des droits: considérant 6 de la directive 2001/29/CE.

<sup>41</sup> Considérant 20 de la directive 2001/29/CE.

<sup>42</sup> C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, C-5/08, point 36; C.J.U.E., *Premier League*, C-403/08, points 187 et 188.

<sup>43</sup> C.J.U.E., *Innoweb*, C-202/13, point 36.

<sup>44</sup> *Ibid.*, point 37.

Sur le plan des apparences, la finalité du droit d'auteur semble s'écarter de ce qui précède. Il s'agit, en effet, dans le cas du droit d'auteur, de protéger le résultat d'un acte créatif, et non le résultat d'un investissement.

Cependant, à l'examen, la distance entre les deux domaines se révèle plus réduite qu'il n'y paraît. En effet, en définitive, en droit d'auteur, comme en droit *sui generis*, la protection vise à garantir une rémunération au profit du titulaire<sup>45</sup>.

Il n'existe donc pas non plus sur ce point un écart juridique qui ne pourrait être résorbé entre les domaines du droit *sui generis* et du droit d'auteur.

29. Enfin, il faut reconnaître que le fait de se fonder sur des éléments factuels plutôt que sur des éléments juridiques pour expliquer que la Cour de justice propose des solutions diamétralement opposées dans *Innoweb* et *Svensson* est de nature à susciter une certaine méfiance.

*A priori*, il semble, en effet, délicat de partir de l'hypothèse que la Cour de justice serait en mesure d'apprécier elle-même les faits pour décider de l'application du droit exclusif, plutôt que d'en laisser le soin au juge national.

La jurisprudence récente de la Cour, notamment l'arrêt *Del Corso*, démontre cependant que la Cour n'hésite pas à procéder de la sorte lorsqu'elle estime qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires à cette fin<sup>46</sup>.

Le recours à l'explication factuelle n'est donc nullement incongru.

30. Dans cette optique, l'explication de la différence entre les solutions *Innoweb* et *Svensson* pourrait être que, dans l'affaire *Innoweb*, des éléments factuels décisifs ont été soumis à la Cour qui étaient de nature à déclencher le droit exclusif du titulaire, alors que, dans l'affaire *Svensson*, de tels éléments faisaient défaut.

Encore faut-il pouvoir identifier la présence de tels éléments dans l'affaire *Innoweb*. La décision de la Cour en mentionne précisément un certain nombre.

Ainsi, la Cour relève que le défendeur permet aux utilisateurs de ses services d'explorer, via un méta-moteur de recherche, toutes les données figurant dans la base de données protégée du plaignant sans que les utilisateurs n'aient plus aucun besoin de se rendre sur le site Internet de la base protégée<sup>47</sup>. Elle observe à ce propos que le défendeur propose un produit concurrent parasite<sup>48</sup>. En outre, elle constate que le produit du défendeur est d'autant plus performant qu'il permet d'accéder simultanément non seulement au contenu de la base de données du plaignant, mais aussi à celui de plusieurs autres bases de données<sup>49</sup>. Comme le remarque la Cour, une conséquence fondamentale des agissements du défendeur est de priver le plaignant de revenus publicitaires et de permettre au défendeur de s'attribuer à lui-même les revenus qui étaient escomptés par le plaignant<sup>50</sup>.

31. Des éléments qui précèdent, il peut se déduire que, dans l'affaire *Innoweb*, le défendeur procède à une véritable captation de clientèle. Certes, la Cour ne fait pas expressément état d'une telle captation, mais il ne fait pas de doute que celle-ci a effectivement lieu.

<sup>45</sup> Pour le droit d'auteur, voy. le considérant 10 de la directive 2001/29/CE.

<sup>46</sup> C.J.U.E., 15 mars 2012, *De Corso*, C-135/10, points 80 et 93.

<sup>47</sup> C.J.U.E., *Innoweb*, C-202/13, point 40.

<sup>48</sup> *Ibid.*, point 48.

<sup>49</sup> *Ibid.*, point 49.

<sup>50</sup> *Ibid.*, point 42.

De ce point de vue, la configuration factuelle dans *Innoweb* n'est guère éloignée de la configuration factuelle dans *Premier League* – dans le domaine du droit d'auteur – où le propriétaire d'un café-restaurant parvient, lui aussi, à capter une clientèle. Dans ce dernier cas, le défendeur réussit en effet, grâce à la transmission d'œuvres, à augmenter la fréquentation de son établissement et à accroître ses résultats économiques<sup>51</sup>.

Or, c'est précisément ce mécanisme de captation qui contribue à expliquer que, dans l'affaire *Premier League*, la Cour peut décider que la communication au public s'adresse à un « nouveau public ». Dans ce contexte-ci, le nouveau public, c'est le public capté par le cafetier dans le cadre de son commerce, grâce à un écran installé dans l'établissement qui permet aux clients d'accéder aux œuvres radiodiffusées. Le public du cafetier se distingue du public qui accède à domicile aux émissions radiodiffusées, et c'est pour cette raison qu'il est « nouveau ».

De la même manière, le public capté par l'exploitant du méta-moteur de recherche (et fournisseur d'hyperliens) dans *Innoweb* est un « nouveau public », car il se distingue du public qui fréquente le site Internet de la base de données protégée. Ce nouveau public n'a pas besoin de se rendre sur ledit site de la base protégée.

Rien ne semble devoir s'opposer à la transposition du raisonnement *Innoweb* dans le domaine du droit d'auteur, à condition que la configuration factuelle soit identique. Il faudrait, à cet égard, que non seulement le défendeur propose des hyperliens vers le contenu protégé, mais aussi que, ce faisant, il s'approprie une clientèle, qu'il prive le titulaire de droit d'une rémunération appropriée et qu'il réussisse à s'attribuer à lui-même des revenus grâce à ses agissements parasites.

32. L'exemple du droit moral et celui de la mise à la disposition du public sont de nature à confirmer que le droit d'auteur a bien plus à gagner qu'à perdre dans une opération de rapprochement avec les autres droits de propriété intellectuelle.

Pendant longtemps, l'on a pu penser que la nature éminemment personnelle du droit d'auteur lui procurait naturellement un niveau de protection supérieur à celui de ses cousins.

L'expérience la plus récente est en train de démontrer le contraire. La nature économique des autres droits de propriété intellectuelle ne les empêche nullement d'étendre leur terrain d'action, alors que celui du droit d'auteur paraît se rétrécir. Le contraste atteint son paroxysme là où des droits intellectuels purement économiques réussissent à imposer la protection de leur image à l'étage communautaire, alors que le droit d'auteur semble échouer à ce niveau.

La convergence semble donc être une réelle opportunité pour le droit d'auteur, bien plus qu'une menace diffuse.

<sup>51</sup> C.J.U.E., *Premier League*, C-403/08, point 205.