



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

TELEPHONE : +32 2 740 00 05
TELEFAX : +32 2 740 00 01

27 March 2017

Provisional Opinion

of ALAI's Executive Committee

On the Right of communication to the public ; the Advocate General's Opinions in *Filmspeler* Case C-527/15 and *Ziggo* Case C-610/15

Both cases address the facilitation of unlawful communication to the public, in *Filmspeler* by selling a device loaded with hyperlinks that lead to websites that make available infringing streams of audiovisual works, in *Ziggo* by providing access to an indexing site for a peer-to-peer network “sharing” infringing copies of audiovisual works. In both cases, the Advocate Generals’ opinions conclude that the device seller and the indexing site are communicating works to the public. ALAI endorses the conclusions of both Opinions, but expresses reservations concerning some of the reasoning in *Ziggo*. In both cases, the Opinions apply the framework developed by the CJEU in the *GS Media* case (C-160/15) and several of its predecessors imposing a “new public” prerequisite to liability for infringement of the right of communication to the public. ALAI has in past Reports and Opinions¹ raised concerns that the CJEU’s “new public” caselaw has significantly departed from the basic international treaty norms of communication to the public set out in the Berne Convention and the WIPO Copyright Treaties. In this Provisional Opinion, ALAI suggests that the Advocate Generals’ Opinions can at least in part be read to offer an approach that reconciles the right owner and user concerns that the CJEU’s recent caselaw has sought to balance, but without making

¹ ALAI Report and Opinion (2015) on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet (see: <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/201503-hyperlinking-report-and-opinion-2.pdf>) ; ALAI Opinion (2014) on the criterion “New Public”, developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public (see: <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>) and ALAI Report and Opinion (2013) on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet (see: <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>).

knowledge an element of the infringing act. The approach that emerges from the Opinions instead allows consideration of knowledge of infringement only with respect to the liability of one who facilitates infringement, rather than as a criterion for determining whether the act itself is a communication to the public. The act itself, whether directly or indirectly communicating the work, remains, irrespective of the actor's knowledge, a "communication" "to the public.",

In *Filmspeler* Advocate General Sanchez Bordona took as a starting point the following propositions derived from *GS Media* and predecessor decisions (para. 42):

(a) the provision of clickable links to protected works must be considered to be 'making available' and, therefore, such conduct is an 'act of communication'; (b) that concept refers to any transmission of the protected works, irrespective of the technical means or process used, and (c) there is a rebuttable presumption that the posting of a hyperlink to a work unlawfully published (without the authorisation of the right holders) on the internet amounts to a 'communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/79, if it is done in pursuit of profit.

And (para. 43):

the concept of communication to the public of a protected work requires either the communication to be made by a specific method different from those used before or, failing this, the work to be distributed to a 'new public', deemed to be a public which the right holders did not take into account when they authorised the original (limited) distribution of the work.

The *Filmspeler* facts met the "new public" criteria because the pre-loaded links made the audiovisual content available to a "public" (purchasers of the devices who clicked on the links) whom the rightholders had not taken into account when they provided restricted access to the content (para. 59). Importantly, the Advocate General rejected the argument that a provider of hyperlinks loaded into a device should be treated differently from a provider of hyperlinks from a website (paras 51, 52), adding (by the way) that the device-seller was clearly pursuing profit (para. 54).

Filmspeler had contended that the availability of those links from other sources meant that *Filmspeler*'s "intervention was 'not crucial' and that [the defendant] merely 'enabled' the public to have access to content that can be downloaded from other websites. The *filmspeler* is not, therefore, [according to the defendant and the Commission] an essential part of the process connecting the website on which protected content is made available unlawfully and the end user." (para. 47). In rebuffing this reasoning, the Advocate General, consistently with prior CJEU caselaw, broadly construed the concept of the "indispensable role played by the user" (*GS Media*, para. 35; *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141, para. 31).

Under that caselaw, "indispensable" does not in fact mean "*sine qua non*". For example, in *Phonographic Performance (Ireland)*, hotel guests could have accessed the radio broadcasts had they brought their own radios, or had they connected their digital devices to digital simulcasts of the broadcasts. Similar observations might be made about the decision that initiated the "new public" line of cases, *SGAE v Rafael Hoteles* C-306/05 (7 December 2006), see para. 42 (hotel's customers were in broadcaster's catchment area). In *GS Media*, it would not have mattered had other websites also offered links to the same infringing content.

Indeed, if “indispensable role” were to mean (as some have urged) that one who makes infringing content available engages in a communication to the public only if no one else is also offering access to that content, then the concept would effectively eviscerate the right of communication to the public. ALAI therefore believes that paragraph 52 of Advocate General Sanchez Bordona’s Opinion correctly analyzes the role of the user:

Whatever the method or technical process by which they are installed, hyperlinks serve to enable third parties to access digital content which has already been uploaded — in this case, unlawfully — to the internet. The significant aspect of the communication to the public which takes place through those hyperlinks is the fact that it increases the range of potential users who, I repeat, are provided with a functionality involving the prior selection of websites that allow digital content to be viewed free of charge.

Preloading the hyperlinks onto the filmspeler device does not make the infringing content available in the absolute, but it does make that content more *easily* available to the public. In effect, by dispensing the members of the public from having to find the “right” hyperlinks themselves, the sellers of the filmspeler have “aimed directly at enabling purchasers” whether or not they might otherwise not have expended the effort of locating pathways to infringing content, “to access copyright-protected works on the internet without the consent of right holders.” (para. 50). Advocate General Szpunar in *Ziggo* expresses a similar concept of the “indispensable role of the user” with regard to The Pirate Bay’s facilitation of peer-to-peer file sharing (para. 50):

However, those works would not be accessible and the operation of the network would not be possible, or would at any rate be much more complex and its use less efficient, without sites such as TPB, which enable works to be found and accessed. The operators of those sites therefore arrange the system which enables users to access works that are made available by other users. Their role may therefore be regarded as necessary.

The participants in the P2P network make infringing copies of the works available; TBP’s role is not absolutely necessary to the unauthorized communication of works. But TPB greatly simplifies those communications, effectively making the works more available than they would otherwise have been. Both Advocates General therefore, correctly, in ALAI’s view, decline to characterize these facilitators of infringement as “mere enablers” who do not engage in communications to the public.

The difficulty, not present on the facts of either case, lies in ascertaining when making a third party’s infringing communication of a work accessible to the public is an act of communication to the public in its own right (governed by EU-wide norms), and when that activity is too remote to subject the actor to direct liability (the standard for indirect liability being subject only to national laws). As Advocate General Szpunar observed (para. 3), to sever acts of facilitation from communication to the public:

would, however, mean that liability, and ultimately the scope of the copyright holders’ rights, would depend on the very divergent solutions adopted under the different national legal systems. That would undermine the objective of EU legislation in the relatively abundant field of copyright, which is precisely to harmonise the scope of the rights enjoyed by authors and other rightholders within the single market. That is why

the answer to the problems raised in the present case must, in my view, be sought rather in EU law.

Other aspects of Advocate General Szpunar's Opinion nonetheless raise concerns that the "new public" analysis, derived from *GS Media* and its predecessors, may be misconstrued to unduly narrow the understanding of what constitutes a "communication to the public." It is important to clarify that all the cases applying a "new public" criterion have concerned some form of *further* making available of a third-party communication. The CJEU has never stated that one who *originates* an unauthorized communication to the public does not violate the exclusive right unless that actor is making the work available to a public different from the public to whom the rightholder made the work available. Such an interpretation would lead to the nonsensical result that the operator of a website who *directly* provides unauthorized access to works would not be engaged in a communication to the public if the rightholder was also offering access to the work. The Opinion (para. 4) fortunately cautions that the case of secondary communications (such as those made by hyperlinks) is "substantially different" from initial communications (such as those originating on a website or within a peer-to-peer network), but some passages of Advocate General Szpunar's Opinion could be misread to generalize the "new public" criterion even to the initial unauthorized source of a communication. For example (para. 40):

Under the second requirement, the public for which the communication in question is intended must be a 'new public'. In the view of the Court, so far as making available on the internet is concerned, the communication is not made to a new public when it relates to a work that has already been made freely available to the public on another website. In such a situation, the communication is targeted, at least potentially, at the same public as that targeted by the initial making available, namely all users of the internet.

The Opinion may reinforce the erroneous impression that the "new public" requirement applies to primary as well as to secondary transmissions when it characterizes TPB "as originating the making available to the public of works that are shared on the network without the consent of the copyright holders" (para. 53), but nonetheless applies a "new public" analysis to TPB's activities. Because the "new public" criterion as articulated in *GS Media* now incorporates a knowledge component, the generalization of that criterion to initial as well as secondary communications radically transforms the right of communication to the public away from a strict liability property right as to which neither knowledge nor profit motives are elements of the claim. Where profit motive once simply furnished evidence that the defendant was communicating the work to a public rather than merely to a circle of family or friends (apparently on the theory that one who communicates to that limited circle does not seek to make money off of family and friends) (e.g. *Rafael Hoteles*), in *GS Media* profit motive becomes a surrogate for knowledge.

But the Opinion in *Ziggo* fears a profit criterion would sweep too broadly, and thus demands that the originator of the communication have actual knowledge of its infringing character (para. 52). By contrast, Advocate General Sanchez Bordona correctly, in ALAI's view, considers knowledge to be relevant only to the secondary infringer's liability, not to the existence of a violation of the exclusive right (para. 71): "I believe the subjective component is more appropriate for excluding personal liability than for deciding on objective unlawfulness." Requiring a showing of knowledge on the part of one who originates an infringement (rather than facilitates access to infringing content that others have initially

made available) imports a novel limitation on the exclusive right and is in fundamental tension with the CJEU's often stated recognition that "Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection" (e.g., recital 9 of the preamble to Directive 2001/29/EC; *Phonographic Performance (Ireland)* para. 11; *GS Media*, para. 53).

By contrast, in the context of facilitation of an initial infringer's violation of the right of communication to the public, a knowledge criterion can illuminate the "role of the user" to permit a court to ascertain when a facilitator should be liable for an act of communication to the public. A "deliberate intervention" (*GS Media* para. 50) to make the work further available is what renders the actor liable for infringing communication to the public. When, however, the defendant has not "aimed directly at enabling [users] to access copyright-protected works on the internet without the consent of right holders" (*Filmspeler* Opinion, para. 50), it has not deliberately intervened in the infringing communication of that work. Hence the *Ziggo* Opinion's claim that "the decisive role in the [further] communication to the public of a given work cannot be attributed to [the defendant] if it is unaware that the work has been made available illegally" (para. 51). "Deliberate intervention" and "decisive role" imply an element of knowledge when the basis of liability for communication to the public concerns the furtherance, rather than the initiation of, an infringing communication. Moreover, recognizing that furtherance of infringing communications is a communication to the public in its own right confirms the coverage of such acts by the 2001 InfoSoc Directive, thus promoting EU-wide harmonization in an area of increasing economic and cross-border importance.

ALAI submits that in cases of further communication of an initial infringement, the CJEU could obtain the same "balance" of rightholder and user interests that it has sought to achieve through its accumulation of criteria (new public, different technical means, profit motive, actual knowledge) were it to abandon the "new public" criterion (a criterion lacking legal basis in either the Berne Convention or the Information Society Directive), and were it instead to focus on the deliberateness of the intervention to further or enhance infringing access to protected works on the one hand, and the criterion of the 'organisation other than the original one' of Article 11bis, 1(ii) BC on the other hand.

[end]



ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE

TELEPHONE : +32 2 740 00 05
TELEFAX : +32 2 740 00 01

le 27 mars 2017

Avis provisoire

du Comité exécutif de l'ALAI

Au sujet du droit de communication au public ; les Opinions de l'Avocat Général dans les affaires *Filmspeler* C-527/15 et *Ziggo* C-610/15

Ces deux affaires visent le fait de faciliter des communications illicites au public, dans l'affaire *Filmspeler* par la vente d'un appareil équipé hyperliens renvoyant à des sites internet qui mettent illicitement à disposition des œuvres audiovisuelles en *streaming*, et dans l'affaire *Ziggo* par la fourniture d'un accès à un site d'indexation d'un réseau *peer-to-peer* permettant le « partage » de copies contrefaisantes d'œuvres audiovisuelles. Dans l'une et l'autre affaire, les avocats généraux concluent respectivement que le vendeur de l'appareil et le site d'indexation communiquent des œuvres au public. L'ALAI souscrit aux conclusions des avocats généraux tout en émettant des réserves à propos de certains éléments du raisonnement tenu dans l'affaire *Ziggo*. Dans les deux affaires, les avocats généraux appliquent, dans leurs conclusions, le cadre élaboré par la CJUE dans l'arrêt *GS Media* (C-160/15) et plusieurs arrêts antérieurs qui conditionne la responsabilité pour atteinte au droit de communication au public à l'existence d'un « public nouveau ». Dans de précédents Rapports et Avis¹, l'ALAI s'est déclarée préoccupée par le fait que la jurisprudence de la CJUE relative à ce critère de « public nouveau » s'écarte sensiblement des normes internationales de base relatives à la notion de communication au public prévues par la Convention de Berne et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur. Dans le présent Avis provisoire, l'ALAI estime que les conclusions des avocats généraux peuvent être lues au moins en partie comme proposant une approche qui permet de concilier les attentes des titulaires de droits, d'une part, et des utilisateurs, d'autre part, que la jurisprudence récente de la CJUE a cherché à équilibrer, sans pour autant faire de la connaissance un élément de l'acte de contrefaçon. Au lieu de cela, l'approche qui se dégage de ces conclusions permet la prise en compte de la connaissance de

¹ Rapport et Avis de l'ALAI (2015) sur une conciliation compatible avec la Convention de Berne des hyperliens et du droit de communication au public sur Internet, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/201503-rapport-et-avis-hyperliens-3.pdf> ; Avis de l'ALAI (2014) sur le critère de « public nouveau » développé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), considéré dans le contexte de la mise à disposition du public et de la communication au public, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf> ; Rapport et Avis de l'ALAI (2013) relatifs à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf>

la contrefaçon uniquement au regard de la responsabilité de la personne qui facilite la contrefaçon, et non comme critère pour déterminer si cet acte est en soi une communication au public. L'acte même, qu'il communique directement ou indirectement l'œuvre, demeure, indépendamment de la connaissance de l'acteur, une « communication » « au public ».

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Filmspeler*, l'Avocat général Sanchez-Bordona prend comme point de départ les prémisses suivantes posées par la CJUE dans l'arrêt *GS Media* et ses précédentes (point 42) :

a) le fait de fournir des liens cliquables vers des œuvres protégées doit être qualifié de « mise à disposition » et ce comportement est un « acte de communication » ; b) cette notion vise toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé ; et c) il existe une présomption simple selon laquelle le placement d'un hyperlien vers une œuvre publiée illégalement (c'est-à-dire sans l'autorisation de ses ayants droit) sur Internet suppose une « communication au public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/79 lorsqu'il est réalisé dans un but lucratif.

Et (point 43) :

la notion de communication au public de l'œuvre protégée requiert soit qu'elle soit effectuée selon un mode technique spécifique, différent de ceux jusqu'alors utilisés soit, à défaut, qu'elle cible un « public nouveau », c'est-à-dire un public que les titulaires des droits couvrant les œuvres protégées n'ont pas pris en compte lorsqu'ils ont autorisé leur diffusion initiale (limitée).

Les faits à l'origine de l'affaire *Filmspeler* répondaient au critère de « public nouveau » puisque les liens préinstallés mettaient les contenus audiovisuels à la disposition d'un « public » (les acheteurs des appareils qui cliquaient sur les liens) que les titulaires de droits n'avaient pas pris en compte lorsqu'ils avaient fourni un accès restreint aux contenus (point 59). Chose importante, l'Avocat général rejette la thèse selon laquelle le fournisseur d'hyperliens préinstallés dans un appareil doit être traité différemment d'un fournisseur d'hyperliens insérés sur un site internet (points 51, 52) et ajoute (au demeurant) que le vendeur de l'appareil poursuivait clairement un but lucratif (point 54).

Le vendeur de l'appareil *filmspeler* avait soutenu qu'il résultait du fait que les liens étaient disponibles à partir d'autres sources que son « intervention » n'était pas « cruciale » et qu'il « se contentait de “faciliter” l'accès du public à des contenus téléchargeables sur d'autres sites Internet ». « Le *filmspeler* ne serait donc pas [selon le défendeur et la Commission] une partie “essentielle” du processus conduisant du site Internet sur lequel le contenu protégé est illégalement disponible jusqu'à l'utilisateur final » (point 47). En refusant cette thèse, l'Avocat général, conformément à la jurisprudence antérieure de la CJUE, interprète au sens large la notion de « rôle incontournable joué par l'utilisateur » (*GS Media*, point 35 ; *Phonographic Performance (Irlande)*, C-162/10, EU:C:2012:141, point 31).

Selon cette jurisprudence, le terme « incontournable » ne veut pas dire « condition sine qua non ». Par exemple, dans l'affaire *Phonographic Performance (Irlande)*, les clients des hôtels auraient pu accéder aux émissions de radio si chacun avait apporté son propre poste de radio ou avait connecté son appareil numérique pour recevoir la diffusion en *simulcast* des émissions. Des observations semblables pourraient être faites concernant le premier de la série d'arrêts consacrant le critère de « public nouveau », à savoir *SGAE c/ Rafael Hoteles*, C-306/05 (du 7 décembre 2006), voir au point 42 (les clients de l'hôtel se trouvaient à l'intérieur de la zone de couverture du radiodiffuseur). Dans l'affaire *GS Media*, il aurait été sans

importance que d'autres sites aient proposé eux aussi des liens vers les mêmes contenus contrefaisants. En effet, si le « rôle incontournable » devait signifier (comme certains l'ont préconisé) que celui qui met à disposition des contenus contrefaisants ne fait une communication au public que si personne d'autre n'offre un accès à ces contenus, le droit de communication au public serait vidé de sa substance. L'ALAI estime donc que le point 52 des conclusions de l'Avocat général Sanchez-Bordona fait une analyse correcte du rôle de l'utilisateur :

Quel que soit le mode selon lequel ou le moyen technique par lequel ils ont été insérés, les hyperliens ont pour fonction de permettre à des tiers d'accéder à des contenus numériques déjà « mis » – en l'occurrence, illégalement – en ligne. L'aspect pertinent de la communication au public réalisée par leur intermédiaire est le fait qu'elle étend le périmètre des utilisateurs potentiels, auxquels est fournie, j'insiste sur ce point, une fonctionnalité dans laquelle les sites Internet qui permettent de visualiser des contenus numériques sans payer ont été présélectionnés.

La pré-installation des hyperliens dans l'appareil *filmspeler* ne met pas à disposition dans l'absolu les contenus contrefaisants, mais elle rend effectivement les contenus plus *facilement* accessibles au public. En effet, en évitant aux internautes d'avoir à trouver eux-mêmes les « bons » hyperliens, le vendeur de l'appareil *filmspeler* a fourni les moyens « directement destinés à ce que les acheteurs accèdent, sur Internet, à des œuvres protégées par des droits d'auteur sans le consentement de leurs titulaires » (point 50), indépendamment du fait de savoir si, en l'absence de ces moyens, ils auraient fait l'effort de trouver d'autres chemins d'accès aux contenus contrefaisants. De même, l'Avocat général Szpunar, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Ziggo*, exprime un concept semblable de « rôle incontournable de l'utilisateur » à propos de la facilitation par le site The Pirate Bay du partage de fichiers entre pairs (point 50) :

Cependant, ces œuvres ne seraient pas accessibles et le fonctionnement du réseau ne serait pas possible, ou serait en tout cas beaucoup plus complexe et moins efficace à l'utilisation, sans les sites comme TPB qui permettent de trouver et d'accéder aux œuvres. Les opérateurs de ces sites organisent donc le système qui permet aux utilisateurs d'accéder à des œuvres mises à disposition par d'autres utilisateurs. Leur rôle peut donc être considéré comme nécessaire.

Les participants à un réseau P2P mettent à disposition des copies contrefaisantes des œuvres ; le rôle de TPB n'est pas absolument nécessaire à la communication non autorisée des œuvres. Mais TPB simplifie grandement de telles communications, en rendant les œuvres plus accessibles qu'elles ne l'auraient été autrement. Ainsi les deux avocats généraux refusent, avec raison selon l'ALAI, de qualifier ces acteurs de « simples facilitateurs » d'actes de contrefaçon qui n'effectuent pas de communications au public.

La difficulté, que ne soulèvent pas les faits dans l'une ou l'autre affaire, est de déterminer quand l'activité consistant à rendre accessible au public la communication contrefaisante d'une œuvre effectuée par un tiers constitue un acte de communication au public à part entière (relevant des normes de l'UE) et quand cette activité est trop distante pour que l'acteur engage sa responsabilité directe (la norme de responsabilité indirecte relevant uniquement des législations nationales). Comme l'observe l'Avocat général Szpunar (point 3), l'approche consistant à dissocier les actes de facilitation des actes de communication au public :

ferait cependant dépendre [la] responsabilité, et en définitive l'étendue des droits appartenant aux titulaires, des solutions, très divergentes, retenues dans différents systèmes

juridiques nationaux. Or, cela mettrait à mal l'objectif de la législation de l'Union dans le domaine du droit d'auteur, relativement abondante, qui est justement d'harmoniser l'étendue des droits dont jouissent les auteurs et les autres titulaires au sein du marché unique. C'est la raison pour laquelle la réponse aux problèmes soulevés par la présente affaire doit, selon moi, être cherchée plutôt en droit de l'Union.

En revanche, d'autres aspects des conclusions de l'Avocat général Szpunar font craindre que l'analyse du critère de « public nouveau » découlant de l'arrêt *GS Media* et de ses prédécesseurs soit mal interprétée pour aboutir à une compréhension indûment restrictive de ce qui constitue une « communication au public ». Il importe de préciser que tous les arrêts qui ont appliqué le critère de « public nouveau » ont visé une *nouvelle* mise à disposition, sous une forme ou une autre, d'une communication d'un tiers. La CJUE n'a jamais dit que la personne à l'origine d'une communication au public non autorisée ne porte atteinte au droit exclusif que si elle met l'œuvre à la disposition d'un public différent de celui à qui l'œuvre a été mise à disposition par le titulaire du droit. Une telle interprétation aboutirait au résultat absurde que l'exploitant d'un site qui fournit directement un accès non autorisé à des œuvres n'effectuerait aucune communication au public si le titulaire du droit offrait également un accès à l'œuvre. Les conclusions (point 4) préviennent heureusement que le cas des communications secondaires (telles que celles effectuées par des hyperliens) se distingue « de manière substantielle » de celui des communications originaires (telles que celles effectuées depuis un site internet ou dans le cadre d'un réseau de pair à pair), mais il reste que certains passages des conclusions de l'Avocat général Szpunar pourraient être mal interprétés comme signifiant la généralisation du critère de « public nouveau » jusqu'à englober même la source initiale non autorisée d'une communication. Par exemple (point 40) :

Selon la seconde exigence, le public visé par la communication en question doit être un « public nouveau ». De l'avis de la Cour, en ce qui concerne la mise à disposition sur Internet, la communication n'est pas effectuée à un public nouveau quand elle concerne une œuvre déjà mise à la disposition du public, en libre accès, sur un autre site Internet. En effet, dans une telle situation, la communication vise, au moins potentiellement, le même public que celui visé par la mise à disposition originaires, à savoir la totalité des utilisateurs d'Internet.

Ces conclusions risquent de renforcer l'impression erronée que l'exigence de « public nouveau » s'applique non seulement aux transmissions secondaires mais également aux transmissions primaires lorsqu'elles considèrent que TPB est « à l'origine de la mise à la disposition du public des œuvres qui sont partagées dans le cadre du réseau sans le consentement des titulaires des droits d'auteur » (point 53), tout en appliquant à l'activité de celui-ci l'analyse du « public nouveau ». Puisque le critère de « public nouveau », tel qu'énoncé par l'arrêt *GS Media*, comprend désormais un élément de connaissance, la généralisation de ce critère aux communications originaires, en plus des communications secondaires, transforme radicalement le droit de communication au public en l'éloignant d'un droit de propriété assorti d'un régime de responsabilité objective dont la mise en jeu n'est subordonnée ni à la connaissance ni au but lucratif. Là où jadis le but lucratif tendait simplement à démontrer que le défendeur communiquait l'œuvre à un public et non pas uniquement à un cercle de famille ou d'intimes (suivant, semble-t-il, la théorie selon laquelle celui qui communique à ce cercle restreint ne cherche pas à gagner de l'argent en faisant payer la famille ou les amis) (p. ex. *Rafael Hoteles*), l'arrêt *GS Media* fait du but lucratif un substitut de la connaissance.

Mais l'Avocat général de l'affaire *Ziggo* craint dans ses conclusions qu'un critère de but lucratif ne couvre un champ trop vaste et demande donc que la personne à l'origine de la

communication ait effectivement connaissance de son caractère illicite (point 52). En revanche, l'Avocat général Sanchez-Bordona estime, avec raison selon l'ALAI, que la connaissance est pertinente uniquement du point de vue de la responsabilité du contrefacteur secondaire et non pour déterminer l'existence d'une violation du droit exclusif (point 71) : « Je pense, néanmoins, que la composante subjective est plus appropriée pour exclure la responsabilité d'une personne que pour se prononcer sur l'illicéité objective ». La nécessité de démontrer la connaissance de la personne qui est l'auteur direct de la contrefaçon (plutôt que la personne qui facilite l'accès à des contenus contrefaisants mis à disposition originellement par d'autres) apporte une nouvelle limitation au droit exclusif et est en contradiction fondamentale avec la reconnaissance, proclamée souvent par la CJUE, que « Toute harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins doit se fonder sur un niveau de protection élevé » (voir, p. ex., le considérant 9 de la directive 2001/29/CE ; *Phonographic Performance (Irlande)* point 11 ; *GS Media* point 53).

En revanche, dans le contexte de la facilitation de la violation du droit de communication au public commise par le contrefacteur originaire, un critère de connaissance peut éclairer le « rôle de l'utilisateur » et ainsi permettre au juge de déterminer quand un facilitateur doit être tenu responsable d'un acte de communication au public. C'est l'« intervention délibérée » (*GS Media* point 50) en vue de rendre l'œuvre davantage accessible qui fait que l'intervenant est responsable d'une communication illicite au public. Mais lorsque le défendeur n'a pas visé « directement [...] à ce que les [utilisateurs] accèdent, sur Internet, à des œuvres protégées par des droits d'auteur sans le consentement de leurs titulaires » (*Filmspeler*, conclusions point 50), il n'est pas intervenu délibérément dans la communication illicite de cette œuvre. D'où l'affirmation dans les conclusions présentées dans l'affaire *Ziggo* que « le rôle décisif dans la [nouvelle] communication au public d'une œuvre donnée ne saurait être attribué [au défendeur] tant qu'il ne sait pas qu'elle a été mise à disposition illégalement » (point 51). « L'intervention *délibérée* » et « le rôle *décisif* » impliquent un élément de connaissance lorsque la responsabilité de l'acte de communication au public repose sur la poursuite, plutôt que l'enclenchement de la communication illicite. De surcroît, le fait de reconnaître que la poursuite délibérée d'une communication illicite constitue une communication au public à part entière confirme que de tels actes sont couverts par la directive de 2001 sur la société de l'information, ce qui favorisera l'harmonisation au niveau de l'UE dans un domaine d'une importance économique et transfrontalière croissante.

L'ALAI estime qu'en cas de nouvelle communication d'une communication initiale contrefaisante, le même « équilibre » entre les intérêts des titulaires de droits et des utilisateurs que celui que la CJUE a cherché à réaliser par l'accumulation des critères (public nouveau, modes techniques différents, but lucratif, connaissance effective) pourrait être obtenu si la Cour abandonnait le critère de « public nouveau » (qui n'a de base légale ni dans la Convention de Berne ni dans la Directive sur la société de l'information) et si elle se concentrait plutôt, d'une part, sur le caractère délibéré de l'intervention visant à favoriser ou à améliorer l'accès à des œuvres protégées, d'autre part, sur le critère d'« autre organisme que celui d'origine » prévu par l'article 11bis, al. 1) ii) de la Convention de Berne.

[fin]