



Télévision - éditeur, distributeur : qui communique au public ? (et qui doit payer ?)

MOTS-CLÉS : Audiovisuel - droit d'auteur - communication au public - droit de représentation

CJUE

19 novembre 2015

Affaire C 325/14

SBS Belgium NV c/ Belgische Vereniging van Auteurs,
Componisten en Uitgevers (SABAM) 340-13

L'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, doit être interprété en ce sens qu'un organisme de radiodiffusion ne se livre pas à un acte de communication au public, au sens de cette disposition, lorsqu'il transmet ses signaux porteurs de programmes exclusivement aux distributeurs de signaux, sans que ces signaux soient accessibles au public au cours et à l'occasion de cette transmission, ces distributeurs envoyant ensuite lesdits signaux à leurs abonnés respectifs afin que ceux-ci puissent regarder ces programmes, à moins que l'intervention des distributeurs en cause ne constitue qu'un simple moyen technique, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

COMMENTAIRE



Julien Grosslerner
Avocat au Barreau de Paris



Florence Jean
Avocat au Barreau de Paris

La CJUE a rendu le 19 novembre 2015¹ une décision qui précise la notion de communication au public dans le secteur de la télévision. Simultanément, elle questionne les schémas contrac-

tuels entre les acteurs de la distribution audiovisuelle, éditeurs, distributeurs et Sociétés de Perception et de Répartition des Droits (« SPRD ») quant à la rémunération versée par les deux premiers aux troisièmes au titre du droit de représentation publique.

Appelée à se prononcer dans le cadre d'un litige opposant la société SBS, exploitant de chaînes de télévision néerlandophones, à la SABAM, SPRD belge², la Cour de justice a livré une remarquable interprétation de l'article 3 § 1 de la directive 2001/29/CE portant harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (« la Directive Infosoc »).

La SABAM estimait qu'en fournissant des signaux porteurs de programmes aux distributeurs de services audiovisuels - c'est-à-dire par exemple aux opérateurs de bouquets TV par satellite (Canalsat), câble (Numericable) ou xDSL (Orange, etc.) - , SBS procédait à un acte de communication au public et devait donc obtenir l'autorisation des titulaires de droits d'auteur. Par conséquent, SBS aurait dû s'acquitter du paiement d'une rémunération similaire à celle aujourd'hui collectée en France par les SPRD compétentes au titre du droit de représentation publique. SBS contestait cette demande, considérant que seuls les distributeurs accomplissaient une communication au public de sorte qu'ils étaient les uniques débiteurs de la rémunération réclamée par la SABAM.

L'organisme de radiodiffusion faisait notamment valoir que les signaux qu'il transmettait aux distributeurs par le biais d'une ligne point à point privée n'étaient pas accessibles au public. En effet, la technique utilisée dite de « l'injection directe » - terminologie extraite de la décision - implique une transmission de signaux porteurs de programmes aux distributeurs d'une telle façon qu'ils ne peuvent être captés par le public. Ce n'est que dans un second temps, lorsque les distributeurs envoient ces signaux à leurs abonnés respectifs - et avec lesquels SBS n'a d'ailleurs aucune relation contractuelle directe - que les programmes sont décryptés et disponibles en « clair », le cas échéant au moyen d'un décodeur mis à leur disposition par le distributeur³.

Nous verrons que si la décision SBS s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence classique en jugeant que la chaîne de TV ne communique pas au public quand elle livre son signal à un distributeur de services audiovisuels (I), l'espèce oblige à s'interroger sur ses conséquences dans les relations éditeurs/distributeurs/SPRD (II).

¹ CJUE, 19 novembre 2015, Aff. C-325/14, *SBS Belgium NV contre Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*. *Dalloz IP/IT*, février 2016, p. 85, « Arrêt SBS : l'injection directe n'est pas un acte de communication au public », V-L. Benabou ; *Propri. intell.* janv. 2016, n° 58, p. 49, obs. J.-M. Bruguère ; *RTD Com.* 2016 p. 110, F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* n° 3, mars 2016, comm. 21, « La communication au public du distributeur de télévision », C. Caron ; *Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle, Gazette du Palais*, 9 février 2016, n° 6, p. 31 et s. « Arrêt SBS Belgium c/ SABAM : l'effet de la révolution numérique sur la "communication au public" », L. Marino ; *Nomos*, Janvier 2016, « Précisions sur la communication au public dans le cadre de la distribution de programmes de télévision » E. Grain ; *Juris art etc.* 2016, n° 31, p. 6, « Télévision - Droit d'auteur - communication au public ou retransmission ? », E. Scaramozzino.

² Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs.

³ Point 7 de l'arrêt : « À ce stade, ces signaux ne peuvent pas être captés par le grand public. Les distributeurs transmettent ensuite lesdits signaux, après cryptage ou non, à leurs abonnés, afin que ceux-ci puissent regarder les programmes sur leur appareil, le cas échéant à l'aide d'un décodeur mis à leur disposition par le distributeur ».

I. LA CHAÎNE DE TV NE COMMUNIQUE PAS AU PUBLIC QUAND ELLE LIVRE SON SIGNAL AUX DISTRIBUTEURS DE SERVICES AUDIOVISUELS

A. Ce que dit la décision SBS

1. La livraison du signal par la chaîne ne constitue pas un acte de communication au public

Dans cette affaire, la question posée par la cour d'appel de Bruxelles consistait à déterminer si SBS procédait, en livrant son signal à ses distributeurs, à un acte de communication au public au sens de la directive susvisée et à la lumière de la jurisprudence de l'Union européenne, aux termes de laquelle deux conditions cumulatives⁴ doivent être, *a minima*, remplies : la mise à disposition d'une œuvre à un public.

S'agissant de la première condition, la CJUE rappelle que si l'acte de communication vise « toute transmission des œuvres protégées, indépendamment du moyen ou du procédé technique utilisé », « chaque transmission ou retransmission d'une œuvre qui utilise un mode technique spécifique doit être [...] individuellement autorisée par l'auteur ». Elle rappelle ensuite que la chaîne de télévision « transmet les signaux porteurs de programmes à plusieurs distributeurs de signaux, par satellite, câble ou ligne xDSL, et donc par différents moyens ou procédés techniques » et conclut alors qu'en transmettant son signal à des distributeurs, SBS réalisait « des actes de communication », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

Il faut donc en conclure très simplement que le signal – porteur des programmes – étant transmis, a priori, de la régie de diffusion de la chaîne vers les centres techniques des distributeurs avant diffusion à leurs abonnés, il y a bien un acte de communication. C.Q.F.D. Notons toutefois qu'il semble y avoir quelques contradictions dans l'énoncé du sujet car la CJUE considère à ce stade de son analyse que la chaîne « transmet les signaux porteurs de programmes à plusieurs distributeurs de signaux, par satellite, câble ou ligne xDSL [...] » alors qu'elle indiquait plus haut⁵ que SBS transmettait ses signaux « [...], par une ligne point à point privée ». Mais, ainsi qu'on le verra, c'est en réalité indifférent. Le signal est communiqué car il part des installations de l'éditeur vers celles du distributeur, peu importe la technologie de transmission utilisée (fibre, satellite, etc.).

Toutefois, si SBS procède bien à un « acte de communication » de ses programmes télévisés, encore faut-il que ces programmes soient effectivement communiqués à un public. À cet égard, la Cour rappelle classiquement que la notion de « public » vise un « nombre indéterminé de destinataires, téléspectateurs potentiels, et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important ». Or, SBS se contentait de transmettre ses signaux porteurs de programmes à des distributeurs déterminés, sans qu'aucun public – les téléspectateurs⁶ – ne puisse y avoir accès. Par consé-

quent, les transmissions réalisées ne relevaient pas de la notion de communication au public au sens de l'article 3 § 1 de la directive Infosoc.

Le raisonnement est simple : sans public, pas d'acte de communication au public. Il est également très pragmatique. En effet, l'acte visé en l'espèce n'est autre que la livraison par une chaîne de son signal à un opérateur – qui, lui, on le verra, va communiquer le signal à un public, ses abonnés. Et c'est en cela que la technologie utilisée est indifférente : ligne (câble ou fibre) point à point, satellite, hertzien ou autre. L'important c'est qu'au cours de cette communication du signal, plus trivialement « livraison », aucun public n'ait accès au programme. Ainsi qu'on le verra plus tard, s'il y a un public destinataire de la transmission, le critère de la technique de transmission sera dès lors utile à l'analyse. Si l'on reprend la définition courante de public au sens de la Directive Infosoc et de la jurisprudence de l'Union européenne, le distributeur n'est pas un public. On aurait pu penser le contraire⁷. À cet égard, il est intéressant de noter l'expression de « grand public » utilisée par la Cour comme par opposition au public professionnel constitué des opérateurs. Dans l'arrêt commenté, la notion de public vise ainsi les « [...] téléspectateurs potentiels », ce qui implique « [...] un nombre de personnes assez important » et donc exclut les distributeurs. La juridiction luxembourgeoise avait déjà eu l'occasion d'adopter une définition similaire, par exemple dans l'affaire SGAE où le public est constitué des clients de l'hôtel⁹ ou encore dans l'arrêt *Svensson*¹⁰ où le public est composé des visiteurs potentiels d'un site internet.

2. Le distributeur communique le signal à un public, ses abonnés

Cette appréciation est d'autant plus logique qu'il y a bien, dans ce schéma, communication au public. Simplement, c'est le distributeur, seul, qui la réalise selon la CJUE. Elle observe ainsi que l'accès du public aux programmes de télévision est rendu possible par l'opérateur qui, en distribuant la chaîne à ses abonnés, offre « une prestation de services autonome accomplie dans le but d'en retirer un bénéfice, le prix de l'abonnement étant versé par [les abonnés], non pas à l'organisme de radiodiffusion mais à ce professionnel »¹¹.

La Cour souligne que la notion de communication au public est ici étroitement liée à celle d'abonné et plus largement à celle de téléspectateur, qui constituent le public des programmes audiovisuels de la chaîne de TV. C'est le distributeur de services audiovisuels qui sélectionne le bouquet de chaînes, achemine les signaux vers un public qu'il prospecte puis facture, ses abonnés. Dans cette configuration, l'éditeur de la chaîne n'est donc qu'un fournisseur. On peut donc penser que selon le raisonnement de la CJUE, il n'a pas de rôle plus actif dans la communi-

4. Ces conditions sont notamment énoncées dans les affaires suivantes : CJUE, 13 février 2014, Aff. C-466/12, *Nils Svensson et autres contre Retriever Sverige AB* ; CJUE, 7 mars 2013, Aff. C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd et autres contre TV Catch Up Ltd*.

5. Point 7 de l'arrêt.

6. En l'espèce il s'agissait d'abonnés.

7. Comm. com. électr. 2009, n°10, octobre 2009, étude 21, « La transmission d'œuvres et d'interprétations vers et à partir d'un satellite ou vers un organisme de radiodiffusion par câble relève-t-elle des monopoles ? », C. Caron.

8. Point 7 de l'arrêt commenté.

9. CJUE, Aff. C-306/05, 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) contre Rafael Hoteles SA*.

10. CJUE, Aff. C-466/12, 13 février 2014, *Nils Svensson et autres contre Retriever Sverige AB*.

11. Point 30 de la décision commentée.

cation au public du programme que peut l'avoir le producteur lorsqu'il livre à la chaîne le matériel nécessaire à la fabrication du signal. Dans ce cas en effet, un contenu est communiqué/transmis/livré à un professionnel sans que le public n'y ait accès à ce moment de l'opération. Le producteur n'est cependant, il est vrai, pas non plus redevable d'un droit de représentation publique auprès des SPRD à notre connaissance.

3. Le distributeur peut être un prestataire technique de l'éditeur

En réalité, l'analyse de l'acte de communication au public peut être plus complexe, y compris dans le schéma éditeur/distributeur. Selon la CJUE, le distributeur peut n'être qu'un simple prestataire technique et, dès lors, l'éditeur est celui qui communique au public. C'est le cas où le distributeur se trouve, selon les termes de la CJUE, dans une position non autonome par rapport à l'organisme de radiodiffusion et que sa prestation de services est alors de nature purement technique. C'est en substance l'idée déjà avancée par la Cour dans l'affaire *Airfield*¹² où il est précisé que, conformément au 27^e considérant de la directive Infosoc, aucune autorisation n'a lieu d'être si, lors de la communication au public d'une œuvre, l'intervention d'un opérateur donné se limite à la simple fourniture d'installations physiques destinées à permettre ou réaliser ladite communication¹³. Dans cette hypothèse, la CJUE renvoie donc aux juridictions internes le soin de vérifier que le public constitué des abonnés du distributeur n'est pas en réalité celui de l'organisme de radiodiffusion, auquel cas le distributeur n'est pas tenu d'obtenir une autorisation.

Nous ferons ce travail, du moins pour certaines hypothèses, un peu plus bas.

B. Ce que ne dit pas la décision SBS : l'acte de communication au public, un concept complexe

En réalité, tous les cas de figure sont envisageables selon nous. L'éditeur peut réaliser un acte de communication au public et le distributeur aussi.

1. Le public nouveau

La notion de public nouveau que la CJUE a pu développer dans ses précédentes décisions est essentielle, ainsi qu'on le verra, lorsque les hypothèses se complexifient.

Ce critère est particulièrement bien illustré dans la célèbre affaire *SGAE* où il était question d'un établissement hôtelier qui offrait à ses clients la possibilité d'accéder aux œuvres radiodiffusées par la distribution d'un signal et au moyen de télévisions installées dans les chambres. Rappelant dans un premier temps que l'hôtelier n'était pas qu'un simple fournisseur d'installations physiques, la Cour considère que la clientèle d'un tel établissement formait un public nouveau et que l'hôtelier procédait bien à une communication au public. En effet, ce dernier permettait à une fraction nouvelle et distincte du public, initialement visé

par les éventuels accords préexistants entre les ayants droit et les chaînes de télévision, d'avoir accès à des œuvres. La Cour relève que sans l'intervention de l'hôtelier, cet accès aurait été impossible.

Ce critère est également illustré dans l'affaire *Bestwater*¹⁴, mais cette fois-ci pour considérer qu'à défaut de nouveau public, il n'y avait pas d'acte de communication au public. La Cour a en effet précisé que la communication d'une œuvre, au moyen d'un lien Internet¹⁵, n'est pas une communication au public au sens de l'article 3 § 1 de la directive Infosoc dans la mesure « où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau – puisque l'œuvre est déjà accessible aux mêmes internautes –, ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine ».

Notons que les juges français n'ont pas entendu donner autant de force à ce critère dans une espèce récente (l'affaire *Playtv.fr*¹⁶), refusant de faire application de la jurisprudence européenne dans le cas d'une atteinte aux droits voisins de la société France Télévisions. Si le raisonnement s'appuie sur un argument qui peut paraître « juste » – l'absence d'harmonisation sur le droit voisin du radiodiffuseur – on peut considérer pour le moins étrange que le droit d'auteur apparaisse, *in fine*, moins protégé que le droit voisin.

Cette exigence de nouveauté du public telle qu'exposée dans les arrêts précités est d'ailleurs décriée par une partie de la doctrine. L'Association littéraire et artistique internationale¹⁷ considère par exemple que ce critère est en contradiction avec les traités internationaux, notamment la Convention de Berne et les directives de l'UE en ce qu'il ajoute une condition non initialement prévue et tend à réduire le champ des droits exclusifs de l'auteur.

Dans l'affaire *SBS*, la Cour ne s'attarde pas, à juste titre, sur le critère de la nouveauté et précise qu'il n'existe dans cette affaire « qu'un seul public », celui de l'ensemble des abonnés de chaque distributeur, et partant aucun public « nouveau »¹⁸. À notre sens, et dans la mesure où la Cour mettait en évidence qu'aucun public n'était visé par les actes de transmission de SBS, elle n'avait nul besoin de pousser son raisonnement à l'aune du critère de la nouveauté du public.

2. La transmission par un mode technique spécifique

Il faut également rappeler le critère de la transmission par un mode technique spécifique développé par la CJUE. S'il n'était pas utile à l'espèce, il le sera dans certaines configurations plus complexes. Ainsi, la CJUE peut dans certaines hypothèses prendre en considération le fait qu'un acteur utilise une technique de transmission spécifique, différente de la technologie primaire,

12. CJUE, 13 octobre 2011, Aff. C-431/09 et C-432/09, *Airfield NV et Canal Digitaal BV contre Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) et Airfield NV contre Agicoa Belgium BVBA* (C-432/09).

13. Point 74 de l'arrêt.

14. CJUE, 21 octobre 2014, Aff. C-348/1321, *BestWater International GmbH contre Michael Mebes et Stefan Potsch* ; voir aussi l'arrêt *Svensson* précité.

15. Il s'agissait de liens insérés au moyen de la technique dite de « *transclusion* » (« *framing* »).

16. Cour d'appel de Paris, pôle 5 - ch.1 2 février 2016, RG n° 13/01249 ; *Légipresse* n°339, p.360, com : T. Douville

17. Avis de l'ALAI adopté le 17 septembre 2014.

18. Point 27 de l'arrêt.

pour considérer qu'il réalise un acte de communication au public. L'affaire *ITV Broadcasting*¹⁹ est la plus intéressante à ce sujet. Un opérateur, TVCatchup, captait le signal hertzien de chaînes gratuites disponibles en Grande-Bretagne (dont ITV) pour le retransmettre en streaming à ses propres abonnés mais sur le même territoire que les chaînes en question. Aux termes de cette décision, la CJUE a considéré qu'il y avait un acte de communication au public au sens de la Directive Info-soc lorsqu'il y a retransmission d'œuvres incluses dans une radiodiffusion télévisuelle effectuée par un organisme autre que le radiodiffuseur originel au moyen d'un mode technique spécifique différent mis à disposition du public par cet organisme (en l'espèce un flux Internet), bien que le public se trouve dans la zone de réception de la première diffusion et puisse légalement recevoir les contenus initialement diffusés (au moyen d'un récepteur de télévision)²⁰.

3. Le but lucratif

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un critère décisif, la Cour a eu l'occasion de relever à plusieurs occasions le caractère lucratif des actes de communication au public soumis à son interprétation. Ce fut notamment le cas dans les affaires *SGAE* et *Football Association League*²¹, la Cour précisant que ce critère n'est « pas dénué de pertinence ».

À nouveau, il nous semble que la condition essentielle reste la transmission à un public, ce critère du but lucratif ne pouvant être qu'un indice²². Sans public, peu importe qu'il y ait un but lucratif, il n'y a pas de communication au public. Aussi, il importe peu qu'une chaîne de télévision ait une activité lucrative lorsqu'elle livre ses programmes à un distributeur dès lors que cette « livraison » se fait au moyen de la technique de l'injonction directe par exemple. De la même manière, le producteur a une activité à but lucratif quand il livre son programme à une chaîne, mais il ne communique pas au public. C'est la même chose pour l'éditeur quand il livre son signal à un distributeur.

C. Une jurisprudence « classique »

L'affaire *SBS* s'inscrit vraisemblablement dans la continuité de la jurisprudence communautaire qui, dès 2005 à l'occasion de l'affaire *Lagardère*²³, avait déjà écarté la qualification de communication au public par satellite (au sens de la directive 93/83

mentionnée) dans une espèce où les signaux provenant du satellite en cause étaient codés et ne pouvaient être reçus que par un « équipement réservé aux professionnels » et ne pouvaient donc pas être captés par le grand public.

Dans la décision *Airfield* précitée, la CJUE s'est également livrée à une interprétation de la notion de communication au public, mais cette fois-ci dans le cadre de la directive 93/83 ayant trait à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble au regard de ses articles 1 § 2 sous a) et c) et 2. La Cour a considéré qu'un fournisseur de bouquet satellitaire doit solliciter une autorisation au titre de son intervention dans la transmission directe et indirecte de programmes télévisés à moins qu'il n'existe un contrat entre les SPRD compétentes et la chaîne de télévision couvrant l'exploitation de ce fournisseur, et à condition que l'intervention de ce dernier ne rende pas accessible les œuvres diffusées à un public nouveau.

Aussi, il semble que si l'éditeur a signé un contrat avec les SPRD visant l'opérateur, le public de cet opérateur ayant été visé, aucune nouvelle autorisation supplémentaire n'est nécessaire. Cette décision vise donc à éviter le risque d'une double autorisation. En pratique, on peut se poser la question de savoir si l'opérateur doit être nommé visé ou si c'est le type d'opérateur (ou de public) qu'il faut viser. Une partie de la doctrine s'est prononcée sur la question²⁴ et semble considérer que l'exception trouve à s'appliquer lorsque l'opérateur a été nommé désigné. La formulation adoptée par la CJUE n'est toutefois pas si évidente²⁵ et il ne nous semble pas déraisonnable de considérer que la Cour ait entendu réserver les cas où les titulaires de droits ont « simplement » prévu le type d'opérateur à destination duquel la diffusion était autorisée.

Si l'accord a bien prévu la distribution sur les réseaux xDSL par exemple, il pourrait sembler contraire à la jurisprudence de la CJUE de requérir un nouvel accord par acteur, sans compter que le secteur peut faire l'objet de mouvements (rachat, revente, changement de marque, etc.). L'important, nous semble-t-il, c'est que la catégorie d'opérateur, et donc de public, ait bien été prévue au contrat liant ces derniers avec les SPRD.

En d'autres termes, le cumul d'autorisations n'est possible qu'à partir du moment où chaque opérateur couvre une diffusion vers un public distinct. Or, la décision *SBS* est venue préciser que l'organisme de radiodiffusion à l'origine des signaux distribués par un opérateur satellitaire de bouquets TV n'effectue pas nécessairement un acte de communication, avec pour conséquence de faire porter la charge de l'autorisation sur ce dernier uniquement.

« Dans la décision *Airfield*, la CJUE s'est également livrée à une interprétation de la notion de communication au public, mais cette fois-ci dans le cadre de la directive 93/83 ayant trait à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble. »

19. CJUE, 7 mars 2013, Aff. C-607/11, *ITV Broadcasting Ltd et autres contre TV Catch Up Ltd*.

20. Voir notamment les points 24, 26, 38 et 39 de la décision.

21. JUE, 4 octobre 2011, Aff. C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd et autres contre QC Leisure et autres et Karen Murphy contre Media Protection Services Ltd*.

22. À ce sujet, l'Observatoire européen de l'audiovisuel évoque un critère « tortueux » et relève qu'il impliquerait une contradiction avec la pratique des organismes de gestion collective dans le domaine de l'exécution publique des œuvres musicales dès lors qu'ils peuvent accorder des licences indépendamment de la nature commerciale de l'activité exercée (« *Le droit d'auteur, la technologie et l'exploitation des œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne* », L. Guibault et J. P. Quintais, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel).

23. CJUE, Aff. C-192/04, 14 juillet 2005, *Lagardère Active Broadcast contre Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) et Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, voir notamment points 30 et suivants de l'arrêt.

24. Voir notamment *Comm. com. électr.* n°12, décembre 2011, comm. 111 « À propos de la communication des œuvres par satellite », C. Caron.

25. La Cour formule son exception comme suit : « [...] à moins que ces titulaires n'aient convenu avec l'organisme de radiodiffusion concerné que les œuvres protégées seraient également communiquées au public par l'intermédiaire de ce fournisseur ».

II. LES CONSÉQUENCES DE LA DÉCISION SBS SUR LES RELATIONS ÉDITEURS / DISTRIBUTEURS / SPRD

L'intérêt de cet arrêt n'est donc pas tellement son originalité mais la configuration technique et économique envisagée. En effet, le schéma visé par les faits – un éditeur livre son signal à un opérateur qui le commercialise – est courant dans le domaine de la distribution audiovisuelle²⁶. Dès lors, il nous oblige à nous interroger sur les schémas contractuels existants dans le secteur et leur validité au regard de cette jurisprudence (B). Auparavant, nous pourrions même chercher à appliquer l'analyse de la CJUE à d'autres configurations de distribution de services audiovisuels existantes à ce jour afin de comprendre qui communique au public (A).

A. Qui communique au public ?

Nous ne viserons que certains cas ne pouvant être exhaustifs ici, sachant qu'il existe une multitude de configurations possibles (chaîne auto distribuée, chaîne streamée par l'éditeur mais vendue par un tiers – via une *application store* par exemple –, etc.).

1. Une chaîne payante distribuée par un opérateur

C'est semble-t-il le cas visé précisément par l'arrêt. Une chaîne payante est livrée à un distributeur pour être communiquée et vendue sous forme de bouquets, ou à la carte, aux abonnés du distributeur par satellite (Canalsat), câble (Numéricable), xDSL/Fibre (Free, etc.), etc. C'est donc le distributeur qui communique au public, l'éditeur se contentant de livrer son signal de façon crypté. En effet, lorsque l'éditeur livre son signal, quelle que soit la technologie empruntée – satellite, fibre, etc. –, l'œuvre n'est pas accessible au cours de cette livraison du fait de l'éditeur. Cela vise également l'hypothèse de livraison par satellite ou par voie hertzienne, si dans ces cas le signal est crypté – souvent par un opérateur d'ailleurs²⁷ – et que seul un professionnel autorisé pourra le lire et donc voir les programmes.

2. Une chaîne hertzienne gratuite reprise par un distributeur

L'hypothèse est plus compliquée lorsque la chaîne communique d'ores et déjà son signal – souvent par voie hertzienne même si d'autres technologies (OTT) peuvent être envisagées – à destination du public. On devrait sans doute distinguer deux schémas selon que le distributeur fait payer un abonnement à ses abonnés ou non.

a) La distribution payante

Prenons les 26 chaînes gratuites de la TNT en France. Elles sont aujourd'hui disponibles sur la plupart des distributeurs de services audiovisuels tels que Canalsat ou les fournisseurs d'accès à internet (FAI).

26. Bien plus, par exemple, que le schéma technique visé dans l'arrêt *Lagar-dère* susmentionné.

27. Le signal une fois récupéré par l'opérateur satellite est ensuite accessible de façon cryptée depuis la diffusion satellitaire de l'opérateur et peut être utilisé pour livrer d'autres opérateurs.

A priori, les opérateurs récupèrent le signal des chaînes de la TNT via la voie hertzienne directement, pour ensuite l'encoder et le diffuser sur leurs réseaux selon des normes qui leur sont propres (DVB-S, DVB-C, etc.). À la différence, du cas de figure visé par la décision SBS, la transmission du signal par l'éditeur à l'opérateur est bien accessible au public²⁸. Dès lors, il réalise bien une communication au public en visant l'ensemble des téléspectateurs français munis d'un téléviseur aux normes.

Toutefois, si l'on va un peu plus loin, l'opérateur réalise également une transmission du signal de l'éditeur pour l'acheminer à ses abonnés. Ces abonnés paient d'ailleurs au sein de leur abonnement – pour tout ou partie – l'offre de télévision qui leur est fournie. On pourrait alors se demander dans le cadre de la jurisprudence SBS, et compte tenu des critères de communication au public mentionnés précédemment, si l'acte de communication au public ne doit pas être scindé lorsqu'une chaîne gratuite est distribuée au sein d'une offre d'un distributeur. Ainsi, il pourrait y avoir, d'une part, l'acte qui vise le public qui reçoit la chaîne par voie hertzienne, réalisé par la chaîne elle-même et, d'autre part, l'acte qui vise le public constitué des abonnés de l'opérateur, réalisé par l'opérateur.

On peut par ailleurs reprendre le raisonnement de la jurisprudence *ITV Broadcasting*. En effet, pour la majeure partie des abonnés à l'opérateur, le signal est d'ores et déjà accessible gratuitement et légalement puisque 97 % de la population française est potentiellement couverte par le réseau de diffusion hertzienne en haute définition²⁹, donc le public n'est très majoritairement pas nouveau³⁰. Toutefois, il y a bien une rupture technique dans la diffusion de l'hertzien à l'xDSL par exemple. Sans compter que cette communication est effectuée, évidemment, dans un but lucratif.

La question qui resterait à résoudre serait la suivante : le public couvert par l'opérateur – ses abonnés – devrait-il être retranché de l'autorisation de l'éditeur afin d'éviter le risque de doublon d'autorisations (et donc de rémunération) mentionné précédemment³¹ ?

b) La distribution « gratuite »

On peut également distinguer l'hypothèse suivante : qui communique au public lorsque le téléspectateur regarde une chaîne via une offre de satellite gratuite ?

Il existe en France des offres de télévision par satellite dites gratuites³². Elles sont même spécifiquement visées par la loi

28. Par l'intermédiaire de son prestataire technique TDF dans la plupart des cas.

29. Rapport du CSA, « les chiffres clefs de l'audiovisuel français », édition du second semestre 2015.

30. On pourrait aller jusqu'à vérifier si l'abonné de l'opérateur fait partie des 3 % manquants, auquel cas le public pourrait être considéré comme nouveau.

31. Cela est d'autant plus envisageable que les calculs d'audience permettent de savoir par quels moyens techniques les téléspectateurs ont regardé un programme.

32. 14 % des foyers ont un décodeur gratuit de type TNT SAT ou Fransat selon les chiffres du rapport financier annuel de TF1 pour l'année 2015 (p. 29).

du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication³³. L'hypothèse est donc très proche de la première. La différence fondamentale tient à ce que le distributeur ne fait pas payer d'abonnement, même si en réalité il fait payer aux téléspectateurs du matériel (un décodeur et/ou une carte). Dès lors, le raisonnement adopté plus haut devrait pouvoir être appliqué. Sachant, par ailleurs, que « l'abonné » à cette offre a de grandes chances de ne pas pouvoir avoir accès aux chaînes TNT gratuites car c'est une des raisons pour lesquelles ce type d'offre est souscrit.

3. Les services non linéaires

Rien ne semble s'opposer à ce que le raisonnement développé par la CJUE puisse s'appliquer à l'exploitation de service non linéaire, que cela soit par le biais de la télévision de rattrapage ou de la VOD. La question serait alors la suivante : lorsque l'éditeur du service communique les vidéos concernées au public, ne fait-il que livrer des fichiers (non accessibles) à un distributeur ? Encore une fois, si le public n'a pas accès aux vidéos du fait de leur transmission à un distributeur, l'éditeur qui se contente de livrer du contenu à un distributeur ne procède pas à un acte de communication au public.

« La jurisprudence SBS met en exergue une inadéquation des schémas actuels d'autorisation et de rémunération au titre du droit de représentation publique par les SPRD, lesquels pourraient manquer de cohérence. »

B. Les impacts potentiels sur les schémas actuels en France

1. Architecture des accords en place

La jurisprudence SBS met en exergue une inadéquation des schémas actuels d'autorisation et de rémunération au titre du droit de représentation publique par les SPRD, lesquels pourraient manquer de cohérence. En effet, ces accords prévoient une autorisation et une rémunération en deux temps, en fractionnant l'acte de communication. La chaîne de télévision obtient d'abord une autorisation au titre du droit de représentation (et du droit de reproduction) lui permettant de diffuser ses programmes, tandis que le distributeur doit également, pour pouvoir distribuer ces mêmes programmes, obtenir une autorisation au titre de ce même droit de représentation, sans doute envisagé comme deux actes et droits distincts avant la jurisprudence SBS.

Ce type de contrat part d'un postulat aujourd'hui mis à mal par la jurisprudence de l'Union européenne, dès lors que la décision SBS nous enseigne que la diffusion de programmes par la chaîne à destination d'un distributeur ne relève pas nécessairement du monopole du droit de représentation.

À titre liminaire, précisons que les autorisations données par les SPRD au titre du droit de représentation publique et du droit de reproduction mécanique donnent généralement lieu à une rémunération proportionnelle aux ressources des chaînes de télévision de l'ordre de 5 %³⁴. Quant à l'assiette de rémunération,

elle dépend du type de chaîne et d'opérateur. À titre d'exemple, l'assiette de rémunération est constituée des recettes brutes de la publicité pour les chaînes « nationales historiques » gratuites du secteur privé comme TF1 ou M6. S'agissant du secteur public, les recettes à prendre en compte sont les suivantes : ressources publiques affectées au contractant, recettes de la publicité et recettes perçues auprès des opérateurs de réseaux de communication électronique au titre de la mise à disposition des services de médias audiovisuels à la demande. Pour Canal +, chaîne « hybride », le taux est assis sur ses recettes brutes d'abonnements et ses recettes brutes de publicité. Pour d'autres chaînes du secteur privé, l'assiette de rémunération correspond aux recettes de la publicité, aux dons et subventions que la chaîne a pu recevoir ainsi qu'aux recettes perçues auprès des opérateurs de réseaux de communication électronique³⁵.

Historiquement, l'autorisation et la rémunération correspondante concernaient exclusivement les chaînes de télévision, la distribution étant assurée par les chaînes elles-mêmes en mode hertzien. L'apparition de distributeurs – câble³⁶ et satellite d'abord – a mené les SPRD à découper les autorisations nécessaires mais en considérant toujours que les chaînes, quel que soit le schéma, com-

muniquaient leurs programmes au public, y compris celui de leurs distributeurs³⁷.

S'agissant par exemple des réseaux câblés, la répartition entre les redevances dues au titre du droit de représentation publique et du droit de représentation mécanique est la suivante : 3,75 % des recettes d'abonnements et 4,75 % des recettes publicitaires au titre du droit de représentation publique auxquels s'ajoutent 1,25 %, de 15 % des recettes servant de calcul au droit de représentation publique au titre du droit de représentation mécanique s'il n'a pas été acquitté par le télédiffuseur primaire.³⁸

De nouveaux distributeurs sont apparus utilisant d'autres technologies – xDSL, fibre, OTT aujourd'hui – et selon ce même modèle, ils ont eu à payer une rémunération dont l'assiette est constituée des recettes encaissées auprès de leurs abonnés³⁹. Au regard des règles dégagées par la CJUE, on peut légitimement se demander si ces mécanismes ne seraient pas susceptibles d'être remis en cause.

2. L'impact potentiel sur les accords en place

Il semble donc que chaque fois que les chaînes de télévision se contentent de transmettre des signaux cryptés, elles ne devraient

33. Art 98-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Létotard).

34. Ce taux couvre en général les répertoires de la Sacem, la SACD, la SCAM, l'ADAGP et la SDRM pour le droit de reproduction mécanique de la Sacem. (<https://clients.sacem.fr/autorisations/chaîne-de-television>)

35. Données issues du treizième rapport annuel (avril 2016) de la commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits, p.153 et 154.

36. À noter le régime spécifique de la retransmission simultanée et intégrale par câble géré par l'Agicoa pour les chaînes hertziennes gratuites. Ce régime ne remettant pas en cause le raisonnement, l'Agicoa étant une SPRD légalement identifiée pour couvrir ces exploitations.

37. Voir par exemple : Les contrats de la musique, 5^e édition, P.M Bouvery, p. 39.

38. Les contrats de la musique, 5^e édition, P.M Bouvery, p. 39

39. Données issues du treizième rapport annuel (avril 2016) de la commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits, p. 154.

pas avoir besoin d'être autorisées à transmettre de tels signaux et ne seraient par conséquent assujetties à aucun paiement au titre du droit de représentation publique. Dans ces situations, comme le disent certains auteurs⁴⁰, les dispositions concernant ce droit de représentation publique dans les contrats généraux peuvent manquer de fondement aujourd'hui⁴¹. Le débat est en tout cas ouvert.

Par ailleurs, pour la télévision hertzienne gratuite, rappelons que bien que 97 %⁴² de la population française est en théorie couverte par le réseau de diffusion hertzienne terrestre en haute définition, seuls 57 % des foyers réceptionnent la télévision par ce biais, tandis que 45,3 % la reçoivent par le biais d'un FAI, 24,1 % par satellite et 8,9 % par le câble⁴³. Précisons également que plus d'un foyer sur trois dispose d'au moins deux modes de réception (17,7 % des foyers reçoivent la télévision par la voie hertzienne et l'ADSL, 7 % par la voie hertzienne et le satellite) et que le nombre de foyers ne disposant que d'une réception hertzienne ne représente que 28,5 % (11,3 % pour le satellite uniquement, 4,9 % pour le câble, et 20,6 % pour l'ADSL (ou fibre))⁴⁴.

Par conséquent, et dans l'hypothèse où une chaîne de télévision procéderait à un acte de communication au public et un distributeur interviendrait au titre de la diffusion simultanée de chaînes gratuites, les contrats de représentation signés avec les SPRD ne devraient-ils pas prendre en compte les chiffres précédemment exposés ? En effet, est-il cohérent qu'une chaîne de télévision paie une redevance au titre du droit de représentation publique et du droit de représentation mécanique de l'ordre de 5 % assise sur ses recettes de publicité lorsqu'on sait qu'elle n'est en réalité à la source que de 57 % de sa diffusion, le reste des téléspectateurs y ayant accès par le biais d'offres de tiers distributeurs payant également une redevance au titre du droit de représentation publique.

En outre, s'agissant des différentes chaînes de la TNT qui auraient obtenu l'autorisation, au titre du droit de représentation publique, d'émettre leurs programmes télévisés à destination des réseaux câblés ou des satellites, et dans l'hypothèse où elles opèrent une communication au public, l'exception dégagée par la jurisprudence *Airfield* n'aurait-elle pas vocation à s'appliquer ? Pour rappel, aux termes de la décision *Airfield*, l'intervention d'un fournisseur de bouquet satellitaire n'est pas soumise à autorisation lorsqu'elle a été prise en compte dans le cadre de l'accord entre la chaîne de télévision et les ayants droit, et qu'elle ne rend pas accessibles les œuvres à un public nouveau, c'est-à-dire à

un public qui n'aurait pas été pris en compte dans le cadre dudit accord.

3. La possible revalorisation des schémas d'autorisation et de rémunération

Une interprétation large de cette jurisprudence de l'Union européenne risque de perturber les équilibres et schémas en place. Toutefois, si une chaîne de télévision ne procède pas toujours à un acte de communication au public lorsqu'elle transmet ses programmes à un distributeur, il n'en demeure pas moins qu'elle peut procéder à un acte de reproduction et qu'une rémunération peut être due à ce titre⁴⁵.

En conclusion, et sans qu'il ne s'agisse évidemment de remettre en cause le droit des auteurs et la rémunération qui leur est due, la jurisprudence *SBS* semble inviter à une réflexion autour du système d'autorisation au titre du droit de représentation publique et de la rémunération y afférente dans la distribution de services audiovisuels.

J. G., F. J.

40. Voir par exemple : « Chronique de jurisprudence de droit de la propriété intellectuelle », *Gazette du Palais*, 9 février 2016, n° 6, p. 31 et s. « Arrêt *SBS Belgium c/ SABAM* : l'effet de la révolution numérique sur la "communication au public" », L. Marino.

41. En poussant le raisonnement plus loin, ne serait-il pas envisageable de demander le remboursement des droits versés au titre de la répétition de l'indu ?

42. Rapport du CSA, « Les chiffres clefs de l'audiovisuel français », édition du second semestre 2015.

43. Rapport de l'Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers, 2^e trimestre 2015.

44. Rapport de l'Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers, 2^e trimestre 2015.

45. Et sauf encore à ce que de nouvelles analyses juridiques de la CJUE ou d'autres juridictions viennent poser de nouvelles questions (exception de reproduction transitoire et technique, etc.).