



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
présentées le 25 avril 2018¹

Affaire C-161/17

**Land Nordrhein-Westfalen
contre
Dirk Renckhoff**

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne)]

« Renvoi préjudiciel – Droit d’auteur et droits voisins dans la société d’information – Notion de “communication au public” – Mise à disposition sur un site Internet d’une œuvre protégée accessible à tous les internautes sur un autre site Internet – Situation dans laquelle l’œuvre a été copiée sur un serveur sans le consentement du titulaire du droit d’auteur »

1. Il n’y a pas si longtemps, les travaux thématiques scolaires présentés sur papier bristol étaient généralement illustrés par des photographies, des gravures et des dessins publiés dans des livres et des revues. Une fois terminés, ils étaient exposés dans les établissements scolaires (pour le plus grand bonheur des parents), les auteurs de ces images n’ayant pas pour habitude de réclamer des dommages-intérêts pour leur utilisation.

2. Adaptés à la technologie actuelle, les élèves d’aujourd’hui insèrent également des photographies ou des dessins dans leurs travaux, à la différence que ces derniers ainsi que les images utilisées pour leur élaboration sont numériques. Sur Internet, il existe des millions de possibilités graphiques de compléter un travail scolaire et il est relativement facile de *charger* ce travail, une fois fini, sur un site Internet accessible à tous les internautes.

3. Tel a été le cas en l’espèce. Une élève de la Gesamtschule de Waltrop (école intégrée de Waltrop), dans le Land Nordrhein-Westfalen (Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, Allemagne)², a trouvé sur Internet une photographie de la ville espagnole de Cordoue, qu’elle a insérée dans un exposé pour son cours d’espagnol. Une fois son travail fini, elle l’a *placé* sur le site Internet de l’établissement scolaire. Le photographe professionnel qui a pris la photographie considère qu’il y a violation de son droit d’auteur, car l’image a été utilisée sans son consentement (et demande la cessation du comportement en cause ainsi que la réparation du préjudice subi).

¹ Langue originale : l’espagnol.

² Ci-après le « Land de Rhénanie du Nord-Westphalie ».

4. Dans ce contexte, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) demande à la Cour de préciser les contours de la « mise à la disposition du public » (sur Internet), condition de la violation alléguée. Puisque, dans le monde numérique, la *mise à disposition* constitue l'expression correspondant à l'« acte de communication » dans le monde analogique³, il convient d'appliquer mutatis mutandis la jurisprudence relative à l'« acte de communication »⁴ visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE⁵.

5. La juridiction de renvoi souhaite savoir si le téléchargement de cette photographie de Cordoue, suivi de son insertion dans un travail figurant sur le site Internet d'un établissement scolaire, relève de cette notion. Bien que l'interprétation de la périphrase « acte de communication au public » ait déjà fait l'objet de nombreux arrêts de la Cour, rendus au fur et à mesure qu'elle est interrogée sur de nouvelles techniques et méthodes de publication d'œuvres protégées, le présent renvoi préjudiciel montre que les besoins d'interprétation des juridictions nationales n'ont pas encore été satisfaits⁶.

6. La juridiction de renvoi nourrit des doutes quant à l'un des critères développés par la Cour : elle demande en particulier si la photographie insérée dans le travail chargé sur le site Internet de l'établissement scolaire a été mise à la disposition d'un public « nouveau ». Je crois toutefois que, aux fins de résoudre le litige, il conviendrait peut-être également de considérer d'autres éléments de la technique ainsi que les circonstances dans lesquelles l'œuvre photographique a été utilisée, en les examinant les uns et les autres à l'aune des autres critères jurisprudentiels cités.

I. Le cadre juridique

A. Le droit international

1. Le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur

7. Le 20 décembre 1996, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a adopté à Genève le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, qui est entré en vigueur le 6 mars 2002 et qui a été approuvé au nom de la Communauté européenne par la décision 2000/278/CE⁷.

8. Son article 1^{er}, paragraphe 4, oblige les parties contractantes à se conformer aux articles 1^{er} à 21 de la convention de Berne⁸.

3 Arrêt du 11 septembre 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, point 42). Voir explications relatives à la manière dont l'expression « mise à disposition » est apparue dans le droit d'auteur international, puis dans la directive 2001/29, dans Walter, M.M./Von Lewinski, S., *European Copyright Law – A Commentary*, Oxford, 2010, p. 978.

4 C'est également le point de vue de ceux ayant présenté des observations dans la présente procédure préjudicielle, étant donné qu'ils fondent leurs argumentations respectives sur la jurisprudence relative à l'acte de communication.

5 Directive du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO 2001, L 167, p. 10).

6 « Il n'y a rien de pire qu'une image nette d'un concept flou ». Cette phrase du photographe américain Ansel Adams aide peut-être à comprendre la présente série de litiges.

7 Décision du Conseil du 16 mars 2000 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes (JO 2000, L 89, p. 6).

8 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (acte de Paris du 24 juillet 1971), telle que modifiée le 28 septembre 1979 (ci-après la « convention de Berne »).

2. La convention de Berne

9. Conformément à l'article 2, premier alinéa, de la convention de Berne :

« Les termes “œuvres littéraires et artistiques” comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que : [...] les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie ; [...] »

10. Aux termes de l'article 11 bis, paragraphe 1, sous 2, de la convention de Berne :

« 1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser :

[...]

2° toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine. »

B. Le droit de l'Union : la directive 2001/29

11. Le rapprochement des droits des États membres en matière de propriété intellectuelle s'est principalement fait au moyen de la directive 93/98/CEE⁹, modifiée puis abrogée par la directive 2006/116/CE¹⁰, qui codifie les versions précédentes. L'une de ces modifications a visé à réglementer la protection des droits d'auteur et des droits voisins dans la société dite de l'information, au moyen de la directive 2001/29.

12. Conformément au considérant 23 de la directive 2001/29 :

« La présente directive doit harmoniser davantage le droit d'auteur de communication au public. Ce droit doit s'entendre au sens large, comme couvrant toute communication au public non présent au lieu d'origine de la communication. Ce droit couvre toute transmission ou retransmission, de cette nature, d'une œuvre au public, par fil ou sans fil, y compris la radiodiffusion. Il ne couvre aucun autre acte. »

13. Aux termes du considérant 31 :

« Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les États membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. [...] »

14. Le considérant 34 énonce :

« Les États membres devraient avoir la faculté de prévoir certaines exceptions et limitations dans certains cas tels que l'utilisation, à des fins d'enseignement ou de recherche scientifique, au bénéfice d'établissements publics tels que les bibliothèques et les archives, à des fins de compte rendu d'événements d'actualité, pour des citations, à l'usage des personnes handicapées, à des fins de sécurité publique et à des fins de procédures administratives ou judiciaires. »

⁹ Directive du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO 1993, L 290, p. 9), telle que modifiée par la directive 2006/116/CE, du 12 décembre 2006 (JO 2006, L 372, p. 12) (ci-après la « directive 93/98 »).

¹⁰ Directive du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO 2006, L 372, p. 12).

15. L'article 2 (« Droit de reproduction ») prévoit :

« Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie :

a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;

[...] »

16. Conformément à l'article 3 (« Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés »), paragraphe 1 :

« 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

17. Aux termes de l'article 5 (« Exceptions et limitations »), paragraphes 3 et 5 :

« 3. Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants :

a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi ;

[...]

5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. »

C. Le droit national : l'UrhG

18. L'article 2 de l'Urheberrechtsgesetz¹¹ (loi sur le droit d'auteur) inclut expressément les œuvres photographiques (Lichtbildwerke) ainsi que celles créées de manière similaire.

19. Dans la version en vigueur au moment des faits, l'article 52 de l'UrhG prévoyait :

« La communication au public d'une œuvre publiée est autorisée pour autant que l'organisateur agisse sans but lucratif, que le public participe gratuitement et, dans le cas d'une conférence ou d'une représentation de l'œuvre, qu'aucun des artistes interprètes ou exécutants ne reçoive une rémunération spécifique. Une rémunération raisonnable doit être versée pour la communication. Aucune rémunération n'est exigible pour les événements organisés dans le cadre de [...] ni pour les événements scolaires, dans la mesure où, de par la finalité sociale ou éducative visée, ils ne sont accessibles qu'à un nombre restreint et déterminé de personnes. »

¹¹ La Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins), du 9 septembre 1965 (BGBl. I p. 1273), modifiée en dernier lieu le 1^{er} septembre 2017 (BGBl. I p. 3346) (ci-après l'« UrhG »).

20. Conformément à l'article 64 de l'UrhG, applicable aux œuvres photographiques, le droit d'auteur s'éteint 70 ans après la mort de l'auteur. En revanche, les « autres » photographies, bien qu'elles jouissent mutatis mutandis de la protection octroyée aux œuvres photographiques en application de l'article 72, paragraphes 1 et 2, de cette loi, ont une durée de protection réduite à 50 ans après leur publication ou après leur première communication si elle a été antérieure (article 72, paragraphe 3, de l'UrhG).

II. Les faits à l'origine du litige et la question préjudicielle

A. Les faits

21. M. Dirk Renckhoff, photographe professionnel, a introduit un recours contre la ville de Waltrop et le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie¹², en raison de la publication sur le site Internet de l'école intégrée de Waltrop, depuis le 25 mars 2009, d'un exposé réalisé par une élève du cours d'espagnol, dans lequel se trouvait, selon la décision de renvoi, la photographie de la ville de Cordoue suivante :



22. En dessous de l'image, obtenue sur le site « www.schwarzaufweiss.de » (revue numérique de voyages du même nom), l'élève a indiqué la référence à ce site Internet, sur lequel ne figurait aucune indication quant à l'auteur de la photographie¹³.

23. M. Renckhoff affirme avoir donné un simple droit d'utilisation de la photographie uniquement aux exploitants du site en ligne de la revue. Il estime donc que l'apparition de l'image sur le site Internet de l'école porte atteinte à ses droits (d'auteur) d'autoriser la reproduction et la communication au public de cette photographie.

B. La procédure devant les juridictions nationales

24. Le recours de M. Renckhoff devant la juridiction de première instance a été partiellement accueilli, le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie ayant été condamné à retirer la photographie et à payer 300 euros, majorés des intérêts.

¹² Le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie est chargé de l'inspection scolaire dans la municipalité dont dépend l'école et est l'employeur des enseignants de cette école.

¹³ Lors de l'audience, le représentant de M. Renckhoff a indiqué que les mentions légales de la revue de voyages en ligne contenaient un avertissement sur la protection de ses contenus par des droits d'auteur. Toutefois, aucune indication à cet égard ne figure dans l'exposé des faits de la décision de renvoi. Il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier, le cas échéant, ces éléments de fait.

25. Les deux parties ont fait appel de ce jugement, que la juridiction d'appel a réformé uniquement en interdisant la reproduction de la photographie aux fins de son insertion sur Internet. Selon cette juridiction, le requérant disposait d'un droit en cessation à l'égard du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, conformément à l'article 97, paragraphe 1, de l'UrhG et en vertu de la responsabilité dite indirecte (*Störerhaftung*).

26. Un pourvoi contre l'arrêt rendu en appel a été formé devant le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) tant par le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie (qui maintient sa demande de rejet total du recours) que par M. Renckhoff (qui demande qu'il soit fait entièrement droit à ses prétentions).

27. La juridiction de renvoi demande si le fait de copier l'œuvre protégée dans un ordinateur et de la charger sur le site Internet de l'école relève de la notion de « communication au public » au sens donné à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 par la jurisprudence de la Cour.

28. Elle estime qu'une bonne partie des conditions requises pour qualifier l'acte litigieux de « communication au public » sont réunies. Notamment, s'agissant de la *communication* :

- la publication sur le site Internet n'entraîne pas un contact physique et direct entre les personnes exécutant l'œuvre et le public destinataire¹⁴ ;
- elle n'a pas non plus été réalisée au moyen d'un mode technique distinct de la première insertion de la photographie sur Internet, et
- en offrant aux utilisateurs du site Internet de l'école un accès à l'exposé, contenant la photographie, qu'ils n'auraient pas eu sans leur intervention, l'élève et son enseignante ont agi en pleine connaissance des conséquences de leur comportement¹⁵.

29. Concernant l'autre élément, le *public*, la juridiction de renvoi commence par reconnaître que « [l]e point de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, la photographie [...] a été communiquée à un public nouveau, c'est-à-dire à un public n'ayant pas été déjà pris en compte par le titulaire du droit lorsqu'il a autorisé la communication initiale de son œuvre au public, soulève [...] des doutes »¹⁶.

30. Elle conclut toutefois qu'« [o]n ne saurait [...] considérer que, lorsque le titulaire du droit d'auteur autorise que son œuvre soit placée sur un site Internet librement accessible, il ne pense pas seulement, en tant que public, aux internautes qui consultent ce site Internet directement ou au moyen d'un lien placé sur un autre site Internet, mais aussi aux internautes qui consultent un autre site Internet sur lequel son œuvre a été placée sans son consentement. Ces derniers internautes constituent donc, selon la chambre de céans, un public nouveau au sens de la jurisprudence de la Cour ».

31. Elle estime, en outre, que le fait que le titulaire du droit d'auteur n'ait pas consenti à ce que la photographie soit copiée sur le serveur de l'école puis publiée sur Internet distingue la présente affaire de celles dans lesquelles des liens hypertexte ou le procédé de transclusion ont été utilisés¹⁷. Par conséquent, le droit d'auteur visé à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte ») primerait sur le droit des utilisateurs à la liberté d'expression et d'information consacrée à l'article 11 de la Charte.

14 La juridiction de renvoi fait référence à l'arrêt du 24 novembre 2011, *Circul Globus București* (C-283/10, EU:C:2011:772, points 35 et 36, ainsi que jurisprudence citée).

15 La juridiction de renvoi mentionne entre autres l'arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 19 et jurisprudence citée).

16 Voir, entre autres, arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, ci-après l'« arrêt GS Media », EU:C:2016:644, point 37 et jurisprudence citée). Selon la juridiction de renvoi, la communication a en tout état de cause été faite au moyen d'une technique identique, et il convient donc de déterminer si elle a ou non été effectuée auprès d'un public nouveau, élément subsidiaire par rapport au premier.

17 Elle renvoie à l'arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, points 31 et 45).

32. La juridiction de renvoi souligne également le rôle incontournable joué par l'utilisateur dans la communication lorsqu'il place et maintient l'œuvre sur son propre site Internet, car il décide ainsi de mettre l'œuvre à la disposition du public et de la durée de cette mise à disposition, en violation du droit de reproduction de l'auteur. En revanche, dans le cas d'un lien hypertexte renvoyant à un site Internet, le retrait de l'œuvre du site initial entraînerait une perte d'objet du lien.

33. Enfin, la juridiction de renvoi considère que le fait que la photographie ait été utilisée, au moyen de son insertion sur le site Internet de l'école, sans but lucratif n'est pas concluant¹⁸.

34. Dans ces conditions, le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) a décidé de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'insertion, sur un site Internet accessible au public, d'une œuvre librement accessible à l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur constitue-t-elle une mise à la disposition du public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, lorsque l'œuvre a d'abord été copiée sur un serveur puis, de là, chargée sur le site Internet ? »

III. La procédure devant la Cour et les arguments des parties

A. Procédure

35. La décision de renvoi est parvenue au greffe de la Cour le 31 mars 2017.

36. Le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, le gouvernement italien et la Commission européenne ont déposé des observations écrites.

37. Une audience s'est tenue le 7 février 2018, à laquelle ont participé les représentants du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, de M. Renckhoff, du gouvernement italien, du gouvernement français et de la Commission.

38. La Cour a invité les parties à se prononcer, lors de l'audience, sur l'incidence de l'arrêt GS Media ainsi que sur l'interprétation de l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29.

B. Résumé des arguments des parties

39. Pour le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie et le gouvernement italien, il n'y a pas, dans la présente affaire, de communication au public, car les éléments requis par la jurisprudence ne sont pas réunis. En particulier, l'élève et son enseignante n'ont pas agi de manière délibérée et en pleine connaissance des conséquences de leur comportement¹⁹. En outre, puisque la photographie était déjà

¹⁸ Selon la juridiction de renvoi, « [s]i le caractère lucratif de la diffusion d'une œuvre protégée au public n'est certes pas dénué de pertinence pour la qualification d'une telle diffusion en tant que "communication au public" – notamment aux fins de la détermination du montant d'une éventuelle rémunération due au titre de cette diffusion (voir arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 204 à 206), il n'en est certainement pas pour autant déterminant (voir arrêt du 31 mai 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, point 49, mais aussi arrêt du 8 septembre 2016, GS Media, C-160/15, EU:C:2016:644, point 55) ».

¹⁹ Contrairement à ce qu'exige l'arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, point 35 et jurisprudence citée).

accessible aux internautes sur le portail de la revue de voyages, son insertion sur le site Internet de l'école ne donnait aucune possibilité d'accès (à la photographie) dont les internautes ne jouissaient pas déjà. Par conséquent, il n'y aurait pas non plus eu de communication à un public *nouveau*, conformément à la jurisprudence²⁰.

40. Le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie affirme que la mise en balance des intérêts en conflit doit inclure, outre l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, relatif à la protection de la propriété intellectuelle, et son article 11, concernant la liberté d'expression et d'information, le droit à l'éducation, consacré à l'article 14 de la Charte, en vertu duquel l'élève a inclus la photographie illustrant son travail. Selon le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie, le droit de créer des sites Internet contribue également, tout comme les liens hypertexte, au bon fonctionnement d'Internet, à tout le moins lorsque les œuvres sont déjà librement accessibles sur ce réseau.

41. Enfin, le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie ne partage pas l'opinion de la juridiction de renvoi concernant le rôle de l'utilisateur. En l'espèce, l'œuvre s'est dissociée de son auteur, qui a permis sa publication, accessible à tous les internautes, sur un site Internet géré par un tiers. En agissant de la sorte, l'auteur aurait volontairement renoncé à son pouvoir de décision sur l'utilisation de la photographie. En outre, le fait que le propriétaire de l'œuvre ait renoncé à publier une référence à son droit d'auteur équivaldrait à une acceptation de sa part que l'utilisateur ait pu comprendre que l'œuvre n'était protégée par aucun droit spécifique. Le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie indique enfin que l'élève a cité dans son travail la source de la photographie et souligne l'absence de but lucratif.

42. Le gouvernement italien affirme que l'œuvre n'était protégée par aucun type d'accès restreint à Internet, et était donc accessible sans aucune limite. On ne pouvait demander à l'élève et à son enseignante la pleine conscience de l'illicéité de leurs actes, puisque ces derniers n'étaient pas illégaux.

43. Par conséquent, pour le gouvernement italien, il n'y a pas eu de communication à un public « nouveau » au sens de la jurisprudence²¹ et la technique utilisée par l'élève ne diffère pas de celle qui avait été employée initialement. Enfin, il affirme que l'autorisation initiale incluait l'accès à la photographie dans la revue de voyages en ligne, sans le limiter à certaines catégories d'internautes.

44. La Commission estime en revanche que la publication de la photographie sur le site Internet de l'école constitue une communication au public, car elle réunit les conditions requises par la jurisprudence : a) une œuvre protégée a été transmise²² ; b) la notion de « communication » doit être entendue de manière large, incluant toute transmission, indépendamment du moyen ou du procédé techniques utilisés²³ ; c) le mode technique peut être différent²⁴ ou identique²⁵ ; d) il n'est pas nécessaire que le public à la disposition duquel l'œuvre est mise y accède réellement²⁶, et e) le public est composé d'un nombre indéterminé mais assez important de destinataires potentiels et non d'un groupe réduit de personnes intéressées²⁷.

20 À la différence de la juridiction de renvoi, le Land considère que la jurisprudence de la Cour relative aux liens hypertexte et à la transclusion est applicable en l'espèce ; il cite à cet égard les arrêts du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 52), et du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 18), ainsi que l'ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, point 15).

21 Le gouvernement italien cite notamment les arrêts du 26 avril 2017, *Stichting Brein* (C-527/15, EU:C:2017:300, point 31 et jurisprudence citée), et du 14 juin 2017, *Stichting Brein* (C-610/15, EU:C:2017:456, points 31 et 44).

22 La Commission fait référence à l'arrêt du 31 mai 2016, *Reha Training* (C-117/15, EU:C:2016:379, point 38).

23 La Commission invoque l'arrêt du 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.* (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 193).

24 Arrêt du 7 mars 2013, *ITV Broadcasting e.a.* (C-607/11, EU:C:2013:147, point 26).

25 Ordonnance du 21 octobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, non publiée, EU:C:2014:2315, point 15).

26 Arrêt du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 19).

27 Arrêt du 31 mai 2016, *Reha Training* (C-117/15, EU:C:2016:379, points 41 à 44).

45. La Commission, qui, dans ses observations écrites, rejetait l'application à la présente affaire de la jurisprudence en matière de liens hypertexte²⁸, a présenté lors de l'audience une position bien plus nuancée. Elle n'a pas insisté sur son affirmation selon laquelle, en cas de renvoi au moyen de liens hypertexte, le titulaire du droit d'auteur conserve son pouvoir de disposition, ce qui constituerait une différence significative avec le cas d'espèce. En revanche, elle a fait valoir la nécessité de procéder, comme dans l'arrêt *GS Media*, à une appréciation individualisée de l'acte de communication, tenant compte d'éléments relatifs à la pleine conscience de son comportement par l'élève, notamment au fait qu'elle pouvait présumer que la photographie était à la libre disposition du public.

46. Tout comme le gouvernement italien, la Commission attire l'attention sur l'éventuelle application en l'espèce de l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29, que la République fédérale d'Allemagne aurait introduite à l'article 52 de l'UrhG²⁹.

47. Lors de l'audience, M. Renckhoff a fait valoir que les critères de l'arrêt *GS Media* n'étaient pas applicables en l'espèce. L'insertion de la photographie sur le site Internet de l'école a été faite sans le consentement de l'auteur, qui a été privé de son droit de contrôler l'utilisation de son œuvre. En outre, le public consultant ce site serait distinct de celui de la revue de voyages en ligne.

48. M. Renckhoff rejette, tout comme le gouvernement français, l'application de l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29, car l'utilisation de la photographie n'était ni obligatoire ni nécessaire et que son insertion sur le site Internet de l'établissement scolaire dépasserait le cadre purement scolaire. Le gouvernement français ajoute que le comportement serait contraire au paragraphe 5 de l'article précité, en vertu de son caractère d'exploitation disproportionnée de l'œuvre.

49. En outre, pour le gouvernement français, cette affaire concerne avant tout le droit de reproduction, par la copie de l'image sur le serveur de l'école (article 2 de la directive 2001/29), et seulement dans un second temps la communication au public. L'application des critères de l'arrêt *GS Media* irait à l'encontre de l'objectif visant à garantir un niveau élevé de protection aux droits d'auteur.

IV. Analyse de la question préjudicielle

A. Observations préliminaires et approche

50. Dans les termes dans lesquels elle est posée, la question de la juridiction de renvoi se limite à l'examen des éléments constituant la *communication au public*, tels qu'ils ont été définis dans la jurisprudence de la Cour³⁰. On pourrait même déduire des considérations de cette juridiction qu'elle s'interroge en fait uniquement sur le point de savoir si la photographie a été mise à la disposition d'un public *nouveau*, au sens de la jurisprudence précitée³¹.

51. En particulier, la question posée à la Cour ne porte pas sur le point de savoir si le fait de copier la photographie sur l'ordinateur ou sur le serveur de l'école relève de l'article 2 de la directive 2001/29. Eu égard à la manière dont la juridiction de renvoi a limité sa question, j'estime qu'elle part, à juste titre, d'une vision unitaire du comportement litigieux, qu'elle ne décompose pas en deux notions (« la reproduction » et « la communication au public ») juxtaposées.

28 Notamment arrêts du 13 février 2014, *Svensson e.a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, point 26), et du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, points 41 et 47 à 51).

29 La Commission fait référence à l'arrêt du 11 septembre 2014, *Eugen Ulmer* (C-117/13, EU:C:2014:2196, point 55).

30 Voir principaux jalons de cette jurisprudence dans l'arrêt du 14 juin 2017, *Stichting Brein* (C-610/15, EU:C:2017:456, points 19 à 34).

31 Arrêt du 14 juin 2017, *Stichting Brein* (C-610/15, EU:C:2017:456, point 28). La juridiction de renvoi considère, au point 38 de la décision de renvoi, que la photographie placée sur Internet dans le cadre du travail de l'élève est offerte à un public nouveau.

52. Toutefois, étant donné l'importance de l'affaire pour la vie quotidienne de millions d'élèves en Europe, il me semble opportun d'analyser d'autres éléments utiles pour encadrer la réponse préjudicielle. Je me propose de suivre le schéma suivant : tout d'abord, j'examinerai la mention de la Commission à la qualification de la photographie de Cordoue en tant qu'*œuvre protégée*³² ; ensuite, je passerai en revue les éléments de la « communication au public », tels qu'établis par la Cour, afin de déterminer s'ils s'appliquent ou non au présent litige et, enfin, j'étudierai l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29 en cas d'utilisation d'une œuvre protégée à de simples fins d'enseignement.

B. Sur la protection des « simples photographies »

53. Selon la Commission, les parties à la procédure nationale s'accordent sur le fait que la photographie litigieuse réunit les conditions de la jurisprudence Painer³³. En vertu de cet arrêt, un portrait photographique peut être protégé par le droit d'auteur « à condition [...] qu'[il] soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie »³⁴.

54. Je doute toutefois qu'une simple photographie de la ville de Cordoue, avec le pont romain en premier plan, remplisse les conditions susmentionnées de l'arrêt Painer (sans vouloir déprécier ses qualités). Dans ladite affaire, il s'agissait de déterminer si, pour publier un portrait-robot élaboré à partir de la photographie d'une personne prise par M^{me} Painer, les maisons de presse défenderesses avaient besoin de l'autorisation de l'auteur, « car la portée de la protection conférée à une telle photographie était restreinte, voire nulle, en raison des possibilités de création réduites que ladite photographie permettait »³⁵.

55. La Cour a extrait de l'article 6 de la directive 93/98³⁶ les critères nécessaires pour que la photographie de l'affaire Painer jouisse de la plus longue protection (70 ans après la mort de l'auteur) conférée par cette directive.

56. Toutefois, le fait que les « simples photographies » ne satisfassent pas aux exigences de créativité découlant de la directive 93/98 ne signifie pas qu'elles sont dépourvues de la protection inhérente aux droits d'auteur. Il en va ainsi, car l'article 6 précité admet la protection, par la législation nationale, des « autres photographies ».

57. Or, selon la décision de renvoi, l'article 72, paragraphes 1 et 2, de l'UrhG protège les photographies (Lichtbilder) en leur appliquant les dispositions protégeant les « œuvres photographiques » (Lichtbildwerke). Par conséquent, le point de savoir si l'image de Cordoue prise par M. Renckhoff présente ou non les attributs demandés aux œuvres photographiques au sens de la convention de Berne et de la directive 93/98 est dénué de pertinence, puisque, selon le droit allemand, toutes les photographies jouissent de la protection de l'UrhG³⁷.

32 Point 4 de ses observations écrites.

33 Arrêt du 1^{er} décembre 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798).

34 Arrêt du 1^{er} décembre 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, point 99).

35 Arrêt du 1^{er} décembre 2011, Painer (C-145/10, EU:C:2011:798, point 85).

36 Aux termes de cet article, « [l]es photographies qui sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées conformément à l'article 1^{er}. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de la protection. Les États membres peuvent prévoir la protection d'autres photographies ».

37 La différence, à des fins pratiques, réside, comme il a été clarifié lors de l'audience, dans la période de protection : les œuvres photographiques bénéficient d'une protection de 70 ans après la mort de l'auteur (article 64 de l'UrhG), alors que les simples photographies ne sont protégées que pendant 50 ans à compter de leur première publication (article 72, paragraphe 3, de l'UrhG).

58. Bien que ce facteur eût pu avoir une importance dans le dénouement du litige s'il s'était déroulé devant les juridictions d'un État membre ne protégeant pas les simples photographies, en Allemagne, elles jouissent de cette protection. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de se concentrer sur la qualité artistique et créative de la photographie de M. Renckhoff. On comprend ainsi mieux le silence de la juridiction de renvoi à cet égard.

C. Sur la notion de « communication au public »

59. La jurisprudence de la Cour a développé une série de critères d'interprétation³⁸ des deux éléments composant cette notion (l'« acte de communication » et le « public » destinataire). Je les analyserai ci-après, en m'arrêtant sur ceux qui pourraient s'avérer les plus polémiques au regard des faits du litige au principal.

1. L'acte de communication

60. Aucune des parties ne conteste réellement (ni dans le litige devant les juridictions nationales ni dans la procédure préjudicielle) que, en plaçant le travail scolaire contenant la photographie de Cordoue sur le site Internet de l'école intégrée de Waltrop, il y a eu transmission d'une œuvre protégée, indépendamment de la technique utilisée³⁹, à un public qui n'était pas présent au lieu d'origine de la communication.

61. Ainsi que l'affirme la juridiction de renvoi, dont je partage l'opinion sur ce point, « [l]ors de la communication, en cause en l'espèce, de la photographie sur le site Internet de l'école, il n'y a eu aucun contact physique direct entre les acteurs ou exécutants de l'œuvre et le public ayant reçu cette communication. [...] Une telle communication relève du champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 ». Les personnes composant ce public avaient en effet accès à l'œuvre, le point de savoir si elles ont ou non utilisé cette possibilité étant dénué d'importance⁴⁰.

a) Rôle de l'utilisateur et éléments subjectifs

62. Le premier critère jurisprudentiel pour établir l'existence d'un acte de communication concerne le « rôle incontournable joué par l'utilisateur et le caractère délibéré de son intervention »⁴¹. Ce critère⁴² allie tant des *éléments subjectifs* du comportement de la personne effectuant une transmission (dont il est exigé qu'elle agisse en pleine connaissance des conséquences de ses actes) que des *circonstances objectives*, puisque l'action doit donner accès à une œuvre protégée (de sorte que, en l'absence de cette intervention, les « clients » ne pourraient, ou ne pourraient que difficilement, jouir de l'œuvre diffusée)⁴³.

63. La Cour a parfois examiné le « rôle de l'utilisateur » d'un point de vue purement objectif, c'est-à-dire en s'assurant uniquement que, en l'absence d'intervention de cet utilisateur, le public nouveau n'aurait pas eu accès à la jouissance de l'œuvre diffusée⁴⁴.

38 Voir exposé de la Cour dans l'arrêt du 14 juin 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, points 19 à 29).

39 Arrêt du 29 novembre 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, point 42 et jurisprudence citée).

40 Conditions d'application de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, selon l'arrêt du 26 avril 2017, Stichting Brein (C-527/15, EU:C:2017:300, points 35 et 36).

41 Arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, point 35).

42 Son origine peut être retrouvée dans le guide de la convention de Berne, afin d'établir l'importance de l'intervention de celui ayant transmis une œuvre à un public qui n'avait initialement pas été pris en compte par l'auteur.

43 Arrêt du 14 juin 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, point 26).

44 Arrêt du 31 mai 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, points 45 et 46), dans lequel la Cour n'a pas procédé à l'examen séparé des éléments subjectifs, qui semblent être inextricablement liés aux éléments objectifs.

64. Elle a toutefois mentionné, dans l'arrêt *GS Media*, certains éléments subjectifs qu'elle a considéré appropriés pour déterminer si, lors de l'appréciation individualisée de l'acte de communication, la condition du « rôle incontournable joué par l'utilisateur et [du] caractère délibéré de son intervention » était remplie. Ils peuvent donc être évoqués à ce stade de l'analyse.

65. La juridiction de renvoi affirme, à cet égard, que l'élève et l'enseignante ont agi en pleine connaissance des conséquences de leur comportement, puisqu'elles entendaient donner aux utilisateurs du site Internet de l'école l'accès à l'exposé contenant la photographie, accès qu'ils n'auraient pas eu sans leur intervention⁴⁵.

66. Toutefois, cette approche n'entre pas suffisamment dans l'examen du comportement ayant prétendument porté atteinte au droit d'auteur. Ne sont notamment pas dûment appréciés : le caractère accessoire de la photographie, en tant que partie d'un travail scolaire ; la facilité de l'accès « universel » à cette image, qui avait été *chargée* sur Internet avec l'autorisation de son auteur, de sorte que tout internaute pouvait la voir, et 3) le contexte scolaire dans lequel la transmission se produisait, sans « clients » ni but lucratif. Il convient d'examiner chacun de ces trois éléments.

1) Le caractère accessoire de l'œuvre par rapport au travail de l'élève

67. Bien que cela puisse paraître évident, en plaçant un travail pour le cours d'espagnol sur le site Internet de l'école allemande, l'intention de l'élève et son enseignante n'était pas directement de publier la photographie en tant que telle, mais l'exposé dans son ensemble, dont l'image litigieuse de Cordoue fait partie.

68. Elles souhaitent ainsi montrer leur travail au public intéressé par l'enseignement de l'espagnol dans le cadre (forcément réduit) de leur école ou des familles, camarades de classe ou amis de leur entourage. Je ne vois donc aucune intention d'élargir le cercle des personnes pouvant voir la photographie bien au-delà de ce qu'entraînait son insertion sur le portail de la revue de voyages (dont les destinataires potentiels excèdent probablement le nombre de personnes consultant un modeste site Internet scolaire).

2) Le consentement de l'auteur de l'œuvre

69. Le placement de la photographie sur le site Internet de l'école implique, certes, une publication *sans* le consentement du titulaire du droit d'auteur. Si l'on n'examinait pas les éléments complémentaires de ce comportement, on pourrait conclure que la première condition pour apprécier l'existence d'une violation du droit d'auteur est remplie⁴⁶.

70. À la différence de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *GS Media*, le point de savoir si les auteurs du comportement reproché (l'élève et son enseignante) connaissaient le caractère illégal de la publication de l'œuvre sur Internet par un tiers n'est pas pertinent en l'espèce. En effet, la photographie prise par M. Renckhoff figurait légalement, c'est-à-dire *avec* son consentement, sur Internet. La bonne question est ici de savoir si l'on pouvait exiger de l'élève et son enseignante la conscience de la nécessité impérative d'obtenir le consentement du photographe pour reproduire l'image sur le site Internet de l'école. S'il en allait ainsi, on pourrait supposer qu'elles comprenaient les conséquences de leur comportement.

⁴⁵ Voir point 24 de la décision de renvoi.

⁴⁶ Arrêt du 16 novembre 2016, Soulier et Doke (C-301/15, EU:C:2016:878, point 34).

71. La Cour a déclaré que, « notamment pour les particuliers », il peut s'avérer difficile de vérifier si les titulaires des droits sur les œuvres se trouvant sur Internet ont autorisé leur publication sur les sites respectifs⁴⁷.

72. Bien que, comme je l'ai indiqué, les circonstances du présent litige diffèrent de celles de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *GS Media* (qui traitait de liens hypertexte renvoyant à des œuvres protégées, disponibles librement sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur), je crois que les considérations de cet arrêt sur l'élément subjectif du comportement de personnes ne poursuivant pas de but lucratif⁴⁸ sont transposables, mutatis mutandis, au présent renvoi préjudiciel⁴⁹.

73. Parmi ces considérations, il convient d'en relever deux pour ce qui nous intéresse ici :

- celle qui souligne que, même lorsqu'elle met une œuvre protégée à la disposition du public en offrant aux autres internautes un accès direct à celle-ci, une personne ne poursuivant pas de but lucratif « n'intervient, en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement pour donner à des clients un accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet » ;
- celle qui insiste sur l'importance que cette œuvre ait été « déjà disponible sans aucune restriction d'accès sur le site Internet auquel le lien hypertexte permet d'accéder », c'est-à-dire dans un contexte où « l'ensemble des internautes pouvait, en principe, déjà avoir accès à celle-ci même en l'absence de cette intervention »⁵⁰.

74. Si les éléments mentionnés dans ces deux considérations sont réunis, il peut être conclu, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, à l'absence d'un acte de communication au public. Cela n'est toutefois pas le cas lorsque les titulaires du droit d'auteur ont averti que l'œuvre à laquelle l'accès est donné est « illégalement publiée sur Internet »⁵¹ ou lorsque l'accès à cette œuvre est donné de telle manière que les utilisateurs du site Internet sur lequel elle se trouve peuvent « contourner des mesures de restriction prises par le site où se trouve l'œuvre protégée »⁵². Une telle conclusion ne peut pas non plus être tirée lorsque l'auteur a notifié son absence de consentement à celui qui tente de publier sa photographie sur Internet.

75. Si l'on applique ces règles à la présente affaire, on observe que :

- il n'y avait pas de mention à l'auteur de la photographie sur le site spécifique de la revue de voyages sur lequel cette photographie se trouvait⁵³. On pourrait donc légitimement penser qu'il s'agissait d'une simple image de la ville de Cordoue utilisée en tant que publicité touristique et dépourvue de la protection dont bénéficient les œuvres protégées ;

47 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 46).

48 J'examinerai ultérieurement l'incidence du but lucratif ; il convient toutefois de la souligner dès maintenant.

49 La thèse opposée à la transposition insiste sur le fait que la jurisprudence *GS Media* se réfère uniquement aux liens redirigeant vers un site Internet où l'œuvre se trouve déjà, alors que, en l'espèce, l'image a été chargée sur un site Internet propre, la rendant directement accessible à des tiers. Je considère toutefois que cette différence n'est pas pertinente aux fins d'apprécier les éléments subjectifs et les autres composantes du comportement requises dans l'arrêt *GS Media*, tout comme la Commission l'a reconnu lors de l'audience.

50 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 48).

51 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 49).

52 Arrêt du 8 septembre 2016, *GS Media* (C-160/15, EU:C:2016:644, point 50).

53 Voir note en bas de page 13 des présentes conclusions.

– la photographie était facilement accessible (étant donné qu'elle n'était assortie d'aucun type de restriction ou avertissement⁵⁴) sur ce site Internet. Cela a pu contribuer, avec ce qui précède, à ce que l'élève et son enseignante présument, à nouveau légitimement, sans nécessité de recherches supplémentaires, que la photographie était à la libre disposition du public.

76. Il ne me semble pas que cela conduise, comme le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie le soutient, à l'idée d'un abandon de son droit par l'auteur ni à suggérer que l'œuvre se trouve dans le domaine public.

77. Pourrait-on toutefois penser que l'auteur de la photographie consentait implicitement à ce qu'elle soit utilisée par des tiers⁵⁵ ? Il ne me semble pas non plus qu'il soit nécessaire de parvenir à ce résultat, alors qu'il est possible, selon moi, en utilisant la technique des présomptions, d'en lier un autre (à l'issue similaire) au comportement du photographe qui autorise, dans les termes qui ont été exposés, la diffusion de son œuvre sur Internet.

78. La répartition des responsabilités entre l'utilisateur *normal* d'Internet, dépourvu d'intérêt professionnel, et le titulaire du droit d'auteur ne saurait conduire, de manière systématique et généralisée, à ce qu'il soit demandé au premier une plus grande diligence qu'au second⁵⁶ s'agissant de la protection des droits d'auteur⁵⁷. En particulier, je ne trouve pas logique qu'il faille imposer à un utilisateur présentant de telles caractéristiques la charge de rechercher si les images qui se trouvent sur Internet sans restriction ni avertissement sont protégées par un droit d'auteur, lorsqu'il souhaite les utiliser à des fins telles que celles liées à l'enseignement. Dans ces conditions, cet utilisateur peut *présumer* que l'auteur ne voit pas d'inconvénients à l'utilisation restreinte de ces images, à des fins d'enseignement.

79. S'il n'en allait pas ainsi, l'utilisation des énormes quantités d'informations fournies par Internet serait restreinte. Cette restriction pourrait porter atteinte aux libertés d'expression et d'information, consacrées à l'article 11 de la Charte. Dans la présente affaire, cela aurait en outre une incidence négative sur le droit à l'éducation visé à l'article 14, paragraphe 1, de la Charte.

3) Absence de but lucratif et inexistence de « clients »

80. Le troisième élément relatif à l'évaluation du comportement de l'élève et de son enseignante est qu'elles ont agi sans but lucratif⁵⁸. Bien que le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice) mette en doute la valeur herméneutique de cet élément⁵⁹, je pense qu'il a plus d'importance que celle que celui-ci lui a donnée.

54 Le titulaire des droits d'auteur pourrait avoir pris des mesures afin d'empêcher que la photographie soit copiée, en ayant recours à l'une des méthodes techniques de sécurité existantes.

55 La possibilité d'un consentement implicite est reconnue au point 35 de l'arrêt du 16 novembre 2016, Soulier et Doke (C-301/15, EU:C:2016:878). Toutefois, la Cour considère dans cet arrêt (points 38 et 39) que l'utilisateur qui souhaite utiliser une œuvre connaît ou peut connaître l'auteur, et impose donc l'obligation pour ledit utilisateur d'informer l'auteur de manière effective et préalable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

56 Cela favoriserait par trop une attitude indolente du titulaire du droit d'auteur, qui pourrait négliger ce droit en se reposant sur une protection disproportionnée. Une telle attitude contribuerait en outre à une éventuelle augmentation des conflits avec les utilisateurs, qui font confiance (ou veulent croire) à la transparence et au libre accès aux informations se trouvant sur Internet. Une certaine diligence quant à la protection de son droit d'auteur peut donc être exigée du titulaire de celui-ci.

57 Voir vigoureux plaidoyer en faveur de ce rééquilibrage dans Elkin-Koren, N., « Copyright in a Digital Ecosystem », Okediji, R.L. (éd.), *Copyright Law in an Age of Limitations and Exceptions*, Cambridge University Press, New York, 2017, p. 132 et suiv., notamment p. 159.

58 La Cour a tenu compte de cet élément subjectif dans des arrêts récents (voir arrêts du 26 avril 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, point 49, et du 14 juin 2017, Stichting Brein, C-610/15, EU:C:2017:456, point 46).

59 Point 39 de la décision de renvoi.

81. La Cour a lié l'existence du but lucratif et la présomption d'un comportement en pleine connaissance de la nature protégée de l'œuvre et de l'absence de consentement à sa publication sur Internet⁶⁰. Bien qu'elle ne le dise pas expressément, elle considère que, lorsque l'action a eu lieu sans but lucratif, il convient de prouver la connaissance du caractère illégal du placement de l'œuvre sur Internet, en tenant compte de l'ensemble des circonstances et des éléments propres à chaque affaire.

82. Dans le litige au principal, comme je viens de l'exposer, l'absence de tout avertissement ou restriction de l'utilisation de la photographie sur le site Internet de la revue de voyages a pu faire croire à l'élève que rien ne s'opposait à son insertion sur le site Internet de l'école. Une telle présomption ne serait pas assimilable à un épuisement du droit, interdit par l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29, car elle pourrait être facilement réfutée. Cela permettrait, en outre, d'équilibrer le droit d'auteur et le « bon fonctionnement ainsi qu[e] l'échange d'opinions et d'informations dans ce réseau »⁶¹.

83. L'absence d'indications ne renforce pas, bien au contraire, l'hypothèse selon laquelle l'élève et son enseignante avaient pleine connaissance de la nature protégée de l'œuvre et de la nécessité d'obtenir une autorisation du titulaire des droits d'auteur.

84. En outre, la jurisprudence de la Cour en la matière s'est développée dans un domaine commercial, comme l'atteste la fréquente mention aux « clients ». Il est présumé qu'une entreprise déterminée (ou un professionnel) donne à ses clients la possibilité d'accéder à certains contenus numériques protégés sans le consentement du titulaire du droit d'auteur. Dans le contexte scolaire, au contraire⁶², il n'y a pas lieu de considérer comme « clients », au sens commercial, les personnes obtenant l'accès à la photographie grâce au travail placé sur le site Internet de l'établissement scolaire.

85. En définitive, la somme de ces éléments (le caractère accessoire de l'image par rapport à l'exposé scolaire, le libre accès à la photographie, sans aucune mention quant aux restrictions de son utilisation, et l'absence de but lucratif dans le comportement de l'élève et du personnel enseignant) m'incite à penser que, dans la présente affaire, il n'y a pas eu de communication au public, au sens de la jurisprudence de la Cour.

b) La technique utilisée

86. Le juge de renvoi examine ensuite, dans sa décision, si le moyen technique utilisé par l'élève et son enseignante pour charger la photographie sur le site Internet de l'école est différent de celui utilisé pour reproduire la photographie sur le portail de la revue de voyages, à laquelle l'auteur avait octroyé la licence d'utilisation.

87. Comme on le sait, une œuvre transmise par des moyens techniques distincts de l'émission originale est présumée s'adresser à un public *distinct*, alors que l'utilisation de la même technique implique de continuer à rechercher si l'on peut réellement parler d'un public *nouveau*⁶³.

60 Arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, point 51) : « lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur ».

61 Arrêt du 8 septembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, point 45).

62 L'appréciation de ce critère pourrait être distincte si l'école exigeait le versement d'une somme d'argent pour pouvoir consulter le site Internet donnant accès à l'exposé contenant la photographie.

63 Arrêt du 29 novembre 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, point 48 et jurisprudence citée).

88. La juridiction de renvoi, le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie et le gouvernement italien soutiennent que la technique qui a été utilisée par l'élève est la même que celle qui avait été employée par la revue de voyages sur son site Internet. La Commission, qui ne nie pas cette identité, rejette, dans ses observations écrites, l'applicabilité de la jurisprudence en matière de liens hypertexte à la présente affaire, point de vue qu'elle a nuancé lors de l'audience.

89. Selon moi, tout indique que la reproduction préalable de l'image, quel que soit le moyen qui a été utilisé (par copie sur une clef USB ou sur l'ordinateur), et son chargement ultérieur sur un site Internet correspondent à la même technique que celle employée par la revue de voyages pour charger cette photographie sur son site Internet.

90. Le fait que cette technique s'applique, en l'espèce, différemment de celle utilisée avec les liens hypertexte (pour lesquels l'action a uniquement lieu sur Internet) n'implique pas de modification des critères d'examen de la condition relative à l'« acte de communication ». Par conséquent, il convient de déterminer si le public visé par l'œuvre placée sur le site Internet de l'école constituait un public nouveau⁶⁴.

2. Le public destinataire

a) De minimis ?

91. L'examen du « public » visé par la communication commence, invariablement, par l'aspect *quantitatif* : il convient avant toute chose de préciser si le public est constitué par un « nombre indéterminé de destinataires potentiels et implique, par ailleurs, un nombre de personnes assez important » ; ce n'est qu'ensuite qu'il est déterminé s'il s'agit d'un public « nouveau »⁶⁵. La logique de cette jurisprudence se trouve dans le fait qu'on ne saurait qualifier juridiquement de « public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, un groupe réduit de personnes auquel une œuvre est transmise.

92. Afin d'établir si le seuil de minimis est dépassé⁶⁶, il convient de tenir compte de l'effet cumulatif engendré par la mise à disposition des œuvres, en évaluant combien de personnes ont accès à celles-ci non seulement parallèlement mais également successivement⁶⁷.

93. La Cour a déclaré que la communication sur un site Internet, sans restriction d'accès, vise l'ensemble des utilisateurs potentiels (internauts) de ce site⁶⁸. L'élément déterminant est donc l'élément *objectif*, à savoir le moyen de transmission, plus que la volonté *subjective* de celui qui l'utilise.

94. Il n'est pas indiqué que le placement du travail de l'élève sur le site Internet de l'établissement scolaire ait été fait avec des restrictions d'accès (par exemple, en le limitant au personnel enseignant, aux parents des élèves ou à ces derniers). Par conséquent, si tout internaute pouvait consulter le site et accéder à l'œuvre protégée (la photographie), la transmission était de nature à parvenir à un ensemble *potentiellement* grand de personnes, donc à un « public » au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29.

64 Arrêt du 29 novembre 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, point 50, a contrario).

65 Arrêts du 31 mai 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, point 41) ; du 29 novembre 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, point 45), et du 14 juin 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, point 41).

66 Tel que le qualifie l'arrêt du 15 mars 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, point 86).

67 Arrêt du 15 mars 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, point 87).

68 Arrêt du 29 novembre 2017, VCAST (C-265/16, EU:C:2017:913, points 46 et 47), et du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, point 22).

b) Sur le « caractère nouveau » du public

95. Ce critère implique que le public visé par la publication n'est réputé « nouveau » que s'il est distinct de celui pris en compte pour la transmission initiale, c'est-à-dire s'il peut être qualifié de public « se situant sur une plus large échelle »⁶⁹ que celui auquel la communication était initialement destinée.

96. Dans la mesure où, dans la présente affaire, tant la publication de la photographie par la revue de voyages en ligne que son chargement sur le site Internet dans le cadre du travail scolaire ont été mis à la disposition de tout internaute, sans restriction, ce public, auquel l'un comme l'autre site Internet donnait un accès potentiel, était le même dans les deux cas (la communauté des internautes).

97. La juridiction de renvoi nourrit toutefois des doutes quant à cette déduction, au motif que : a) lorsque l'utilisateur insère et maintient l'œuvre sur son propre site Internet, il joue un rôle incontournable dans la communication ; b) le titulaire des droits d'auteur qui consent à ce que son œuvre figure sur un site Internet librement accessible pense uniquement au public qui consulte ce site Internet, directement ou au moyen d'un lien, et c) accepter l'hypothèse contraire conduirait à l'épuisement du droit d'auteur, expressément interdit par l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29.

98. Il ne me semble pas que ces réserves permettent de maintenir la qualification en tant que public « nouveau » en l'espèce⁷⁰. La Cour a utilisé à cet égard des critères, qu'elle applique invariablement, tant pour les transmissions d'œuvres au moyen de signaux de radio et de télévision⁷¹ que pour les transmissions au moyen de liens hypertexte sur Internet⁷², c'est-à-dire indépendamment du support technique. Un tel public existe lorsque, d'une part, il ne pourrait pas jouir de l'œuvre sans l'intervention de l'utilisateur et, d'autre part, il n'a pas été pris en compte lors de l'autorisation donnée à la mise à disposition d'origine⁷³.

99. En ce qui concerne l'intervention de l'élève et de son enseignante, il est difficile de penser que ceux qui accèdent au site Internet de l'école ne pouvaient pas le faire de la même manière (et sans grandes difficultés) en allant sur le site Internet de la revue de voyages, sur lequel la photographie de Cordoue a initialement été publiée. Le public général (les internautes) est donc le même lorsqu'il consulte le portail Internet de la revue de voyages et lorsqu'il se rend sur le site Internet de l'établissement scolaire.

100. L'image étant facilement et légalement (c'est-à-dire avec le consentement du titulaire du droit d'auteur) à la portée de *tous* les internautes, on ne voit pas comment l'intervention de l'élève et de son enseignante aurait pu être *décisive* pour faciliter l'accès à un *plus grand* nombre de personnes.

101. La logique d'Internet consiste en ce que, lorsque l'accès aux images s'y trouvant avec le consentement de leur auteur est libre et gratuit, sans indication ni avertissement contraires, il est impossible de segmenter le nombre ou les catégories de consultants potentiels ou de prévoir que seuls les uns et non les autres pourront voir ces images.

69 Formule utilisée dans le guide de la convention de Berne.

70 Il serait peut-être préférable, dans ce contexte, d'utiliser la notion de « public supplémentaire ».

71 Arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a. (C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, points 197 et 198).

72 Arrêt du 14 juin 2017, Stichting Brein (C-610/15, EU:C:2017:456, points 44 et 45).

73 Arrêt du 31 mai 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, point 60).

102. Jusqu'à présent, en s'en tenant au domaine d'Internet, qui est celui pertinent en l'espèce, le caractère nouveau du public a plutôt été lié au fait que l'accès à une œuvre protégée ait été donné à un ensemble déterminé d'utilisateurs, en leur permettant de contourner des mesures de restriction prises sur le site Internet initial. Il s'agirait là effectivement d'un « public nouveau, qui n'a pas été pris en compte par les titulaires du droit d'auteur lorsqu'ils ont autorisé la communication initiale »⁷⁴.

103. Or, dans la présente affaire, aucune mesure (inexistante) de protection n'a été enfreinte ni aucun accès donné à une œuvre se trouvant sur Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. L'absence de ces deux éléments objectifs, associée au nombre constant de visiteurs potentiels des deux pages Internet où se trouvait la photographie, permet d'affirmer qu'il n'y a pas eu de communication à un public nouveau, au sens précédemment exposé.

104. Cette conclusion ne revient pas, comme je l'ai déjà indiqué, à admettre une sorte d'*épuisement* du droit d'auteur, en violation du libellé de l'article 3, paragraphe 3, de la directive 2001/29, mais constitue plutôt la conséquence logique de la manière dont le titulaire du droit sur la photographie a cédé son utilisation, en sachant ou en ayant dû savoir que l'absence d'une quelconque mesure de protection contre la copie de cette image pouvait conduire les internautes à croire qu'elle se trouvait à la libre disposition du public.

105. Dans le même ordre d'idées, je ne crois pas qu'il serait excessif d'exiger d'un professionnel, lorsqu'il publie une œuvre sur Internet, directement ou par personne interposée, qu'il prenne les mesures appropriées, y compris techniques, afin à tout le moins de faire part de son droit d'auteur et de sa volonté de contrôler la diffusion de son œuvre, évitant ainsi de donner l'apparence contraire.

106. J'estime en outre que demander qu'il fasse preuve d'une telle diligence ne réduit pas le niveau élevé de protection dont les titulaires de droits sur des images doivent bénéficier (droits qui restent intacts si l'on ajoute les avertissements nécessaires) et contribue à maintenir l'équilibre entre ces droits et les intérêts légitimes des utilisateurs d'Internet, sans dénaturer la logique propre à Internet.

107. Enfin, le titulaire du droit ne perd pas le contrôle de la copie de la photographie utilisée sur le site Internet de l'école, dont il peut demander le retrait, s'il estime qu'elle lui cause préjudice.

108. En résumé, pour toutes ces raisons, je considère qu'il convient de répondre par la négative à la question du Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice).

D. Sur l'exception de l'utilisation à des fins d'enseignement

109. À strictement parler, la réponse que je suggère n'oblige pas à recourir à l'une des exceptions au droit d'auteur, prévues à l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/29, et la juridiction de renvoi ne pose pas de question à cet égard.

110. Il est possible que le silence de cette juridiction soit dû à la conviction que la disposition par laquelle le législateur allemand a introduit ces exceptions en droit allemand ne permet pas de couvrir un cas tel que celui-ci⁷⁵.

⁷⁴ Arrêt du 13 février 2014, Svensson e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76, point 31).

⁷⁵ L'article 52 bis de l'UrhG établit une distinction entre les œuvres de petit format (« Werke geringen Umfangs ») du paragraphe 1, dont la communication est limitée au cercle des élèves participant à chaque cours, et les œuvres (« Werke ») du paragraphe 2, pour lesquelles le consentement de l'auteur doit dans tous les cas être obtenu. Cet article a été abrogé par l'article 1^{er}, paragraphe 7, de la Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (loi relative à l'adaptation du droit d'auteur aux exigences actuelles de la société de la connaissance ; dernière réforme de l'UrhG entrée en vigueur le 1^{er} mars 2018), du 1^{er} septembre 2017, et a été remplacé par le nouvel article 60 bis relatif aux utilisations légalement autorisées pour l'enseignement, la science et les institutions, dont le paragraphe 1 a écarté le format des œuvres en tant que critère de détermination du domaine d'utilisation autorisé et l'a remplacé par celui du pourcentage maximal de l'œuvre (15 %) pouvant être copié, mis à disposition ou communiqué au public. Cette modification n'est pas applicable ratione temporis en l'espèce.

111. Cela étant dit, tant pour être complet que dans l'hypothèse où la Cour ne suivrait pas ma proposition, il convient d'examiner l'applicabilité de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/29 à la présente affaire, étant donné que l'arrêt qui sera rendu peut donner à la juridiction de renvoi des précisions supplémentaires utiles, au-delà de celles strictement relatives à sa question, quant à l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union⁷⁶.

112. Conformément à l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/29, les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions aux droits de reproduction, de communication et de mise à la disposition du public. Parmi elles figure l'utilisation d'œuvres protégées à des fins exclusives d'« illustration dans le cadre de l'enseignement »⁷⁷. Le gouvernement italien attire l'attention sur la nécessité d'invoquer, à titre subsidiaire, cette exception et la Commission indique que l'Allemagne l'aurait introduite à l'article 52 de l'UrhG.

113. Sauf erreur de ma part, c'est la première fois que la Cour doit se pencher sur l'exception prévue à l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29. Bien que sa jurisprudence requière l'interprétation stricte de la portée des exceptions et des limitations, dans la mesure où elles pourraient affecter le droit de propriété sur les créations intellectuelles⁷⁸, il convient de ne pas oublier que le droit à l'éducation est également consacré à l'article 14, paragraphe 1, de la Charte⁷⁹. Par conséquent, l'interprétation doit respecter l'équilibre raisonnable entre ces deux droits.

1. Les fins d'enseignement

114. L'exception aux droits d'auteur lorsque l'utilisation des œuvres protégées a lieu à des fins exclusives d'enseignement ne saurait être réduite à sa plus simple expression, ce qui serait le cas si elle se limitait à permettre que les enseignants assortissent le contenu de leurs cours d'illustrations.

115. Une interprétation qui valorise plus le droit à l'éducation, au sens de l'article 14, paragraphe 1, de la Charte, peut souligner le rôle actif, et non simplement passif, des élèves, en leur permettant d'utiliser, eux aussi et avec la même finalité d'enseignement (apprentissage, dans leur cas), des images protégées par des droits d'auteur. Cela contribue à ce que l'éducation mène à bien sa principale tâche, le plein épanouissement de la personnalité humaine⁸⁰.

116. L'exception n'est pas seulement accordée pour la reproduction d'objets protégés et leur mise à disposition sur Internet à des fins de *recherche scientifique*. La disposition place au même niveau ce dessein et celui de la promotion de l'*enseignement*, ses bénéficiaires devant dès lors être tant les élèves que les professeurs de l'enseignement non universitaire, lorsque les autres conditions d'application sont réunies.

⁷⁶ Ces précisions peuvent contribuer, le moment venu, à l'interprétation des règles nationales à la lumière de celles du droit de l'Union qu'elles transposent.

⁷⁷ Article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29.

⁷⁸ Arrêt du 10 avril 2014, ACI Adam e.a. (C-435/12, EU:C:2014:254, point 22 et jurisprudence citée).

⁷⁹ En définitive, ce qui sous-tend dans ces cas est la fonction sociale de la propriété privée reconnue dans la jurisprudence, qui permet de limiter le droit de propriété, à condition que les restrictions répondent à des objectifs d'intérêt général poursuivis par l'Union et qu'elles ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit garanti (arrêts du 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, C-416/10, EU:C:2013:8, point 113, et du 12 mai 2005, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSa*, C-347/03, EU:C:2005:285, point 119 et jurisprudence citée).

⁸⁰ Comme il est reconnu à l'article 26, paragraphe 2, de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et à l'article 13, paragraphe 1, du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies par la résolution 2200 A (XXI), du 16 décembre 1966, en vigueur depuis le 3 janvier 1976, conformément à son article 27.

117. De fait, lors de l'audience, il y a eu une certaine coïncidence à considérer qu'il n'y aurait pas eu communication au public (au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29) si le travail de l'élève avait été chargé sur un site Internet de l'école dont l'accès aurait été restreint à l'environnement scolaire. Bien que je considère que cette interprétation est trop réductrice⁸¹, je crois qu'elle reflète le lien entre la finalité d'enseignement et l'insertion de la photographie sur le site Internet de l'établissement.

2. L'indication de la source et du nom de l'auteur

118. L'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/29 subordonne l'exception à des fins d'enseignement à l'« indi[cation], à moins que cela ne s'avère impossible, [de] la source, y compris le nom de l'auteur ».

119. Or, le travail chargé sur le site de l'établissement scolaire ajoutait, sous la photographie, le nom de la revue (*Schwarzaufweiss*) dans laquelle elle figurait. L'élève et son enseignante ont agi avec prudence, et on ne saurait leur reprocher de ne pas avoir mentionné le nom du photographe, qui ne figurait pas sous l'image.

3. Le but non commercial

120. De même, l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2001/29 exige que l'utilisation de l'œuvre protégée à des fins d'enseignement soit « justifiée par le but non commercial poursuivi ».

121. Il ne fait aucun doute, comme je l'ai déjà souligné, que le placement du travail du cours d'espagnol sur le site Internet de l'école n'avait aucune finalité commerciale. Concernant la justification, l'utilisation d'images extraites d'Internet, dans le cadre de travaux numériques, est actuellement indispensable pour certaines activités d'enseignement.

4. Le test de l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29

122. Si l'utilisation de la photographie relevait de l'exception visée à l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29, elle devrait encore réussir le *test* du paragraphe 5 de cet article, ce qui requiert d'analyser les conditions d'application de cette disposition⁸². Je suivrai à cet effet la même méthode que dans les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire *Stichting Brein*⁸³.

123. Tout d'abord, s'agissant d'une utilisation à des fins d'enseignement ne poursuivant pas de but lucratif, il me semble clair qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (deuxième critère du test). En insérant la photographie sur le site Internet de l'école, ni l'élève ni l'enseignante (ni l'établissement scolaire ni le Land de Rhénanie du Nord-Westphalie) ne diminuent les éventuels bénéfices économiques découlant de la présence de l'image sur Internet ni n'obtiennent un avantage commercial au détriment de l'auteur.

124. Un autre intérêt légitime (troisième critère du test) pourrait être l'indication du nom de l'auteur, aux fins de la protection de ses droits moraux. Toutefois, les droits moraux ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2001/29, comme indiqué dans le considérant 19 de ce texte.

81 Étant donné les caractéristiques d'un site Internet scolaire, je ne crois pas qu'il y ait une grande différence entre montrer la photographie sur l'intranet, l'extranet ou sur le site Internet de l'établissement : le public naviguant sur ce site est très probablement identique dans les trois cas, à savoir les élèves et les membres de leurs familles ou leurs amis ainsi que les enseignants.

82 Je partage toutefois la suggestion d'éviter une application mécanique de ce test, fondée sur le caractère cumulatif des trois critères, et de préférer évaluer l'importance de chacun de ces éléments. Voir Hilty, R.M./Geiger, Ch./Griffiths, J., « Declaration : A balanced interpretation of the "three-step test" in copyright law », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 6/2008, p. 707 à 713, notamment p. 709.

83 Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire *Stichting Brein* (C-527/15, EU:C:2016:938, points 73 à 81).

125. Le point le plus délicat serait le premier critère du test, celui selon lequel les exceptions ne sont applicables que dans *certaines cas spécifiques*.

126. Bien que la présente affaire soit unique, la solution qui sera donnée pourrait avoir des conséquences non négligeables pour une multitude d'étudiants et d'enseignants (ainsi que pour les photographes) dans des situations analogues. De fait, il n'est pas exagéré d'affirmer que des comportements tels que celui décrit ici ont lieu tous les jours dans les États membres.

127. Cela étant, si les circonstances examinées ici étaient réunies dans tous ces cas, une exégèse équilibrée de ce dernier critère du test, mettant simultanément en balance d'autres intérêts légitimes (dans la présente affaire, ceux découlant du droit à l'éducation), permettrait de déduire que l'élément important n'est pas le nombre d'actes identiques ou similaires, mais que leurs contours soient suffisamment précisés pour ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit sur celle-ci. Il s'agirait donc, sous cette réserve, du même cas concret⁸⁴.

128. En somme, l'exception de l'article 5, paragraphe 3, sous a), de la directive 2001/29 serait in fine applicable.

V. Conclusion

129. Eu égard aux considérations exposées, je suggère à la Cour de répondre à la question préjudicielle posée par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne) comme suit :

L'insertion sur le site Internet d'un établissement scolaire, sans but lucratif et en indiquant la source de l'image, d'un travail scolaire contenant une photographie à laquelle tous les internautes avaient un accès libre et gratuit ne constitue pas une mise à la disposition du public au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, lorsque cette image figurait déjà, sans avertissement quant à ses restrictions d'utilisation, sur le site Internet d'une revue de voyages.

⁸⁴ Voir raisonnement similaire dans l'arrêt du 11 septembre 2014, Eugen Ulmer (C-117/13, EU:C:2014:2196, point 34).