



## Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M<sup>ME</sup> ELEANOR SHARPSTON  
présentées le 24 janvier 2013<sup>1</sup>

**Affaires jointes C-457/11, C-458/11, C-459/11 et C-460/11**

**Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)**  
**contre**  
**KYOCERA Document Solutions Deutschland GmbH e.a.,**  
**Canon Deutschland GmbH et**  
**Fujitsu Technology Solutions GmbH**  
**et**  
**Hewlett-Packard GmbH**  
**contre**  
**Verwertungsgesellschaft Wort (VG Wort)**

[demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof (Allemagne)]

«Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information — Effet dans le temps de la directive 2001/29/CE — Droit de reproduction — Exceptions ou limitations — Compensation équitable — Notion de 'reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires' — Reproductions effectuées au moyen d'imprimantes ou d'ordinateurs personnels — Reproductions effectuées à partir d'une source numérique — Reproductions effectuées au moyen d'une chaîne d'appareils — Conséquences de la non-application des mesures techniques disponibles visant à empêcher ou à limiter les actes non autorisés — Conséquences d'une autorisation expresse ou implicite de reproduction»

1. La directive 2001/29/CE<sup>2</sup> dispose que les États membres doivent prévoir, pour les auteurs, le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, de leurs œuvres par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie. Néanmoins, les États membres ont la faculté de prévoir, dans certains cas, des exceptions ou des limitations à ce droit, notamment lorsqu'il s'agit de «reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires» ou de «reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales», à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

2. En Allemagne, la compensation équitable prend la forme d'une redevance supportée par les fabricants, importateurs et distributeurs d'appareils capables d'effectuer des reproductions. Dans les litiges au principal, le Bundesgerichtshof (cour fédérale de justice) doit déterminer si la redevance peut être perçue sur des imprimantes ou des ordinateurs personnels qui ne peuvent effectuer des reproductions qu'après avoir été connectés à un ou plusieurs autres appareils (comme un scanner), alors que ces autres appareils peuvent eux-mêmes faire l'objet de la redevance. Le Bundesgerichtshof a

<sup>1</sup> — Langue originale: l'anglais.

<sup>2</sup> — 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 L 167, p. 10, ci-après la «directive»).

déféré deux questions sur l'interprétation de la directive afin de clarifier ce point. Il souhaite également savoir dans quelle mesure le droit à compensation équitable est affecté, d'une part, par la possibilité d'appliquer des mesures techniques visant à empêcher ou à limiter les copies<sup>3</sup> et, d'autre part, par une autorisation de reproduction expresse ou implicite. Enfin, une question concerne le champ d'application temporel de la directive.

3. Bien qu'elles puissent paraître, à première vue, relativement simples, ces questions soulèvent en réalité des problèmes complexes sur les interactions entre la directive et la législation allemande ainsi qu'entre les différentes dispositions de ces instruments.

## **Le droit de l'Union**

### *La directive*

4. L'article 2 de la directive dispose, sous l'intitulé «Droit de reproduction»:

«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;

[...]»

5. L'article 5, paragraphe 2, dispose notamment:

«Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2 dans les cas suivants:

a) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires, à l'exception des partitions, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable;

b) lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés;

c) lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués par des bibliothèques accessibles au public, des établissements d'enseignement ou des musées ou par des archives, qui ne recherchent aucun avantage commercial ou économique direct ou indirect;

[...]»

3 — Dans le cadre des présentes conclusions, j'utiliserai indifféremment les termes de «copie» et de «reproduction».

6. L'article 5, paragraphe 3, dispose notamment:

«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;

[...]

n) lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence;

[...]»

7. Tous les autres cas énumérés à l'article 5, paragraphes 2 et 3<sup>4</sup>, concernent des utilisations à des fins non commerciales ou, plus largement, dans l'intérêt du public. Bien que la condition de la compensation équitable ne soit prévue *impérativement* que dans les cas régis par l'article 5, paragraphe 2, sous a), b) et e)<sup>5</sup>, le considérant 36 de cette même directive indique clairement que les États membres doivent avoir la *faculté* de prévoir une telle compensation pour l'ensemble ou l'une quelconque des autres exceptions ou limitations facultatives au droit de reproduction<sup>6</sup>.

8. L'article 5, paragraphe 5, énonce:

«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.»

4 — L'article 5, paragraphe 2, de la directive concerne uniquement les exceptions et limitations au droit de reproduction défini à l'article 2 de ladite directive. L'article 5, paragraphe 3, de la directive concerne également les exceptions et limitations au droit de communication et de mise à disposition visé à l'article 3 de ladite directive, étant entendu que ce droit n'est pas expressément en cause dans l'affaire au principal. À l'exception de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, toutes les limitations ou exceptions autorisées à l'article 5, paragraphes 2 et 3, (à savoir 20 au total) sont définies en fonction de l'objectif de reproduction; dans certains cas, l'identité de l'auteur de la reproduction est retenue comme critère (personnes physiques, bibliothèques publiques, établissements d'enseignement ou musées, organismes de radiodiffusion ou presse, par exemple); deux cas autres que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive renvoient à un critère technique [enregistrements éphémères – article 5, paragraphe 2, sous d), de la directive – et communication au moyen de terminaux spécialisés – article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive].

5 — L'article 5, paragraphe 2, sous e), concerne la «reproduction d'émissions faites par des institutions sociales sans but lucratif, telles que les hôpitaux ou les prisons».

6 — L'article 5, paragraphe 1, de la directive, qui n'est pas concerné en l'espèce, prévoit que certaines reproductions provisoires qui constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique et qui n'ont pas de signification économique indépendante *doivent* être exemptées du droit de reproduction. Aucune compensation n'est cependant prévue dans de tels cas.

9. Il convient de noter que la disposition de l'article 5, paragraphe 5, de la directive (souvent connue sous le terme de «triple condition») reproduit pratiquement à l'identique les dispositions de l'article 9, paragraphe 2, de la convention de Berne (dans sa version de 1967)<sup>7</sup>, de l'article 13 de l'accord ADPIC (1994)<sup>8</sup> et de l'article 10, paragraphe 2, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996)<sup>9</sup>. Dans le cadre de l'accord ADPIC, ces trois conditions ont été interprétées par un groupe spécial de l'OMC<sup>10</sup>. En bref, le groupe spécial a considéré que les trois conditions étaient cumulatives: s'agissant de la première condition (certains cas spéciaux), les exceptions ou limitations devaient être clairement définies et présenter une portée et un objectif restreints; en ce qui concerne la deuxième condition (absence d'atteinte à l'exploitation normale), les exceptions ou limitations ne devaient pas autoriser des utilisations qui constituent une concurrence aux moyens économiques dont les détenteurs du droit tirent normalement une valeur économique sur l'œuvre; quant à la troisième condition (absence de préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit), elle excluait les exceptions ou limitations qui engendrent ou risquent d'engendrer un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur.

10. L'article 6, paragraphe 3, de la directive définit les «mesures techniques» comme «toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur [...]. Les mesures techniques sont réputées efficaces lorsque l'utilisation d'une œuvre protégée, ou celle d'un autre objet protégé, est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application d'un code d'accès ou d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'œuvre ou de l'objet protégé ou d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection». En substance, l'article 6 oblige les États membres à offrir aux titulaires de droits une protection juridique appropriée contre tout moyen visant à contourner les mesures techniques, que celles-ci soient appliquées volontairement par le titulaire de droits ou mises en œuvre en application des mesures prises par les États membres eux-mêmes.

11. L'article 10 de la directive est intitulé «Application dans le temps». Aux termes de l'article 10, paragraphe 1, les dispositions de la directive s'appliquent à toutes les œuvres qui, le 22 décembre 2002, sont protégées par la législation des États membres dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. L'article 10, paragraphe 2, dispose: «La présente directive s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002».

12. Selon l'article 13, paragraphe 1, les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 22 décembre 2002. Conformément à son article 14, la directive est entrée en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*, le 22 juin 2001.

7 — Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), complétée à Paris en 1896, modifiée à Berlin en 1908, complétée à Berne en 1914, modifiée à Rome en 1928, à Bruxelles en 1948, à Stockholm en 1967 et à Paris en 1971 et modifiée à Berne en 1979. Tous les États membres de l'Union européenne sont parties à la convention de Berne.

8 — Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce – OMC), signé à Marrakech le 15 avril 1994 et approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) (JO L 336, p. 1).

9 — Traité de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) sur le droit d'auteur (WCT), Genève, 1996 (JO 2000, L 89, p. 8). Le traité est entré en vigueur le 14 mars 2010 pour l'Union européenne et chacun de ses États membres (ceux-ci étant tous parties au traité) (JO 2010, L 32, p. 1).

10 — États-Unis – Article 110, paragraphe 5, de la loi sur le droit d'auteur (Copyright Act), WT/DS160/R, 15 juin 2000, points 6.97 et suiv.

### *L'arrêt Padawan*

13. La Cour a interprété les dispositions de la directive à plusieurs reprises. S'agissant des présentes affaires, la décision la plus importante est sans doute l'arrêt Padawan<sup>11</sup>, qui traite de l'article 5, paragraphe 2, sous b) (disposition généralement connue sous l'expression «exception de copie privée»).

14. L'affaire Padawan concernait une redevance prélevée sur des supports d'enregistrement numérique<sup>12</sup> en vertu d'une exception de copie privée édictée par le Royaume d'Espagne conformément à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive. La Cour n'a pas suivi l'argumentation de la Commission européenne selon laquelle, faute de dispositions expresses dans la directive, les États membres étaient libres de déterminer les modalités de financement de la compensation équitable (sous réserve, notamment, des droits fondamentaux et des principes généraux du droit) et étaient donc uniquement liés par une obligation de résultat et non de moyen<sup>13</sup>. Elle a, au contraire, estimé qu'une personne qui, par l'usage de l'exception de copie privée, cause au titulaire du droit un préjudice couvert par la compensation équitable doit financer cette compensation à titre de réparation<sup>14</sup>. La Cour a ainsi considéré qu'il existe un lien nécessaire entre l'application de la redevance à l'égard des équipements, appareils et supports de reproduction numérique et l'usage de ces derniers à des fins de reproduction privée<sup>15</sup>. La Cour a ajouté que, puisqu'il n'est pas possible, d'un point de vue pratique, de déterminer la redevance due pour chaque utilisation réelle, il convient de considérer que les personnes physiques exploitent la plénitude des fonctions de l'équipement mis à leur disposition en tant qu'utilisateurs privés, si bien que la simple capacité de cet équipement à réaliser des copies justifie l'application de la redevance pour copie privée<sup>16</sup>. La Cour a néanmoins précisé que l'application sans distinction d'une telle redevance à l'égard d'équipements, d'appareils et de supports non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé n'est pas conforme à la directive<sup>17</sup>.

### **Le droit allemand pertinent**

15. L'article 53 de la loi allemande sur les droits d'auteur et les droits voisins<sup>18</sup> définit certaines situations dans lesquelles un objet protégé peut être reproduit par dérogation aux règles de droit commun sur le droit d'auteur.

16. Depuis le 13 septembre 2003, l'article 53, paragraphe 1, de l'UrhG autorise toute personne physique à réaliser, sur tout support de son choix, des reproductions individuelles d'une œuvre pour son usage privé, à condition que ces reproductions ne servent pas directement ou indirectement un but lucratif et ne soient pas réalisées sur la base d'un exemplaire obtenu de manière manifestement illégale – une exception similaire, dans une large mesure, à celle de l'article 5, paragraphe 2, sous b),

11 — Arrêt du 21 octobre 2010 (C-467/08, Rec. p. I-10055, en particulier points 38 à 50). Voir, également, arrêt du 16 juin 2011, Stichting de Thuis kopie (C-462/09, Rec. p. I-5331, points 18 à 29).

12 — À savoir les CD-R, CD-RW, DVD-R et lecteurs MP3. Bien qu'ils puissent être utilisés pour conserver des copies numériques de textes ou de graphiques, de tels supports sont plus communément utilisés pour reproduire des supports audio ou audiovisuels tels que des œuvres musicales ou cinématographiques.

13 — Voir point 32 des conclusions de l'avocat général Trstenjak dans l'affaire Padawan. La Commission maintient cette position en l'espèce (voir infra, point 92), tandis que Kyocera défend un point de vue similaire. Toutefois, la Cour a bien souligné, aux points 34 et 39 de l'arrêt Stichting de Thuis kopie, précité en note 11, qu'une obligation de résultat incombe aux États membres.

14 — Points 40 et 45 de l'arrêt Padawan. Voir, également, points 24 et 26 de l'arrêt Stichting de Thuis kopie, précité en note 11.

15 — Point 52 de l'arrêt Padawan.

16 — Ibidem (points 46, 55 et 56).

17 — Ibidem (point 59).

18 — Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urhebergesetz) du 9 septembre 1965, dans sa version en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2008 (ci-après l'«UrhG»). Selon le gouvernement allemand, l'UrhG a, avec effet au 13 septembre 2003, pleinement harmonisé le droit allemand avec la directive par le biais de la loi portant réglementation du droit d'auteur dans la société de l'information (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft). En ce qui concerne les dispositions citées par le Bundesgerichtshof, cette loi semble avoir modifié l'article 53, paragraphes 1 à 3, de l'UrhG.

de la directive. Jusqu'à cette date, en revanche, l'article 53, paragraphe 1, de l'UrhG n'était pas limité aux seules personnes physiques. Par ailleurs, l'article 53, paragraphe 1, de l'UrhG dispose que la personne autorisée à effectuer des reproductions peut également en confier la réalisation à une autre personne, à condition que celle-ci réalise les reproductions à titre gracieux (condition qui n'est pas expressément tirée de la directive) ou que les reproductions soient effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires [condition qui fait écho à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive et qui a été introduite à compter du 13 septembre 2003].

17. L'article 53, paragraphe 2, de l'UrhG est structuré de manière plus complexe. Il permet aux personnes (physiques ou autres) de réaliser ou de faire réaliser des reproductions individuelles d'une œuvre: i) à des fins scientifiques personnelles, pour autant que la reproduction se prête à cette finalité; ii) à des fins d'archivage personnel, pour autant que la reproduction se prête à cette finalité et qu'elle soit réalisée sur la base d'un exemplaire personnel de l'œuvre; iii) à des fins d'information personnelle sur des thèmes d'actualité, dans la mesure où il s'agit d'une œuvre radiodiffusée, et iv) à toute autre fin personnelle, dans la mesure où il s'agit de brefs passages d'une œuvre publiée ou d'articles ou d'une œuvre épuisée depuis au moins deux ans. Ces exceptions ne correspondent clairement à aucune de celles prévues par la directive: elles sont en effet à la fois plus larges que les conditions prévues à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive (dans la mesure où elles ne sont pas limitées aux personnes physiques) et plus restrictives que celles prévues dans les autres sous-paragraphes de cette disposition (dans la mesure où elles prévoient que les reproductions doivent être utilisées à des fins personnelles).

18. Jusqu'à la modification de l'UrhG en 2003, les exceptions prévues à l'article 53, paragraphe 2, de l'UrhG n'étaient soumises à aucune autre condition. Depuis cette modification, l'exception prévue au point 2 de cette disposition doit désormais remplir au moins l'une des conditions suivantes: la reproduction doit être effectuée sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires; elle doit être exclusivement utilisée de manière analogique<sup>19</sup>; les archives ne doivent viser aucun avantage lucratif ou économique direct ou indirect. Quant aux exceptions prévues aux points 3 et 4, elles doivent désormais au moins remplir l'une des deux premières conditions susmentionnées.

19. L'article 53, paragraphe 3, de l'UrhG concerne, lui aussi, les articles, les brefs passages d'une œuvre et les œuvres de faible volume et autorise (aussi bien les personnes physiques que toute autre personne) à reproduire de tels contenus à des fins personnelles en vue d'assurer l'enseignement ou la préparation des examens (et ce, essentiellement, dans les établissements d'enseignement de tout genre). Cette disposition semble correspondre partiellement à l'article 5, paragraphes 2, sous c), et 3, sous a), de la directive.

20. L'article 54a, paragraphe 1, de l'UrhG dispose que, si la nature d'une œuvre laisse à penser qu'elle sera reproduite par photocopie d'un exemplaire ou par tout procédé d'effet équivalent aux fins prévues à l'article 53, paragraphes 1 à 3, de l'UrhG – une condition qui, là encore, fait écho à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive –, l'auteur de l'œuvre peut réclamer au fabricant, à l'importateur ou au distributeur d'appareils «destinés à une telle reproduction» le paiement d'une «angemessene

19 — Voir infra, points 48 et suiv.

Vergütung»<sup>20</sup>. L'article 54g, paragraphe 1, de l'UrhG dispose que l'auteur peut réclamer des renseignements aux débiteurs de la rémunération visés à l'article 54a, paragraphe 1, de l'UrhG. L'article 54h, paragraphe 1, de l'UrhG prévoit cependant que seules les sociétés de gestion collective agréées sont habilitées à réclamer la rémunération ou la fourniture de renseignements.

21. Conformément à l'article 54 d et à l'annexe II de l'UrhG, la rémunération prélevée sur les appareils au titre de l'article 54a, paragraphe 1, de l'UrhG est fixée à une somme qui varie entre 38,35 euros et 613,56 euros, en fonction du nombre de copies réalisables en une minute et de la possibilité de réaliser des copies en couleur ou non. D'autres montants peuvent cependant être négociés.

### **Les faits, la procédure et les questions préjudicielles**

22. La société Verwertungsgesellschaft Wort (ci-après «VG Wort») est une société de gestion collective agréée. Elle est seule chargée de représenter les auteurs et éditeurs d'œuvres littéraires en Allemagne. Elle est donc habilitée à réclamer, pour le compte des auteurs, la rémunération due par les fabricants, importateurs et distributeurs d'appareils qui relèvent de l'article 54a, paragraphe 1, de l'UrhG. Agissant en son nom propre et pour le compte d'une autre société de gestion collective qui défend les droits d'exploitation d'œuvres graphiques en tout genre, VG Wort a réclamé une telle rémunération aux défenderesses au principal<sup>21</sup> (ci-après les «fournisseurs»), sous la forme d'une redevance prélevée sur les ordinateurs personnels, les imprimantes et/ou les traceurs<sup>22</sup> commercialisés en Allemagne entre le début de l'année 2001 et la fin de l'année 2007. Les montants réclamés se basent sur le tarif établi par les deux sociétés de gestion collective, tel que publié au Bundesanzeiger (bulletin des annonces officielles).

23. Les fournisseurs soutiennent notamment que les imprimantes et les traceurs ne permettent pas, seuls, de reproduire des œuvres. Ils ne le peuvent que s'ils sont connectés à un appareil capable de produire une image de l'œuvre au moyen d'une technique photographique ou d'un autre procédé ayant des effets similaires. Les fournisseurs considèrent par conséquent que seuls de tels appareils peuvent donner lieu à compensation, contrairement aux imprimantes et aux traceurs. Selon les fournisseurs, ce point de vue est conforme à la jurisprudence du Bundesgerichtshof selon laquelle, lorsque plusieurs appareils (tels un scanner, un ordinateur et une imprimante) sont connectés pour reproduire un document, la rémunération est uniquement due sur l'appareil qui présente le plus clairement les caractéristiques de la technique photographique (c'est-à-dire le scanner).

24. La juridiction de renvoi estime que deux autres questions se posent au sujet du calcul de la rémunération. Si des mesures techniques visant à empêcher la reproduction sont disponibles sans avoir cependant été utilisées ou bien si la reproduction a été autorisée d'une quelconque manière, une compensation équitable est-elle toujours due? En outre, la juridiction de renvoi ne parvient pas à déterminer clairement à partir de quelle date et dans quels cas le droit national doit être interprété conformément à la directive.

20 — Le terme allemand de «angemessene Vergütung» est utilisé au considérant 10 de la directive et correspond en anglais à «appropriate reward» et en français à «rémunération appropriée». Le considérant 10 de la directive semble renvoyer à l'exploitation normale des droits d'auteur plutôt qu'aux exceptions de l'article 5, paragraphes 2 et 3. Le terme allemand correspondant à «compensation équitable» est «gerechter Ausgleich» («fair compensation» en anglais). Pour compliquer encore les choses, le terme de «angemessene Vergütung» est utilisé dans la version allemande des articles 11 bis, paragraphe 2, et 13, paragraphe 1, de la convention de Berne (voir supra, note 7) et correspond en anglais à «equitable remuneration» et en français à «rémunération équitable»; il correspond également à ces mêmes termes dans plusieurs autres directives de l'Union relatives à la propriété intellectuelle.

21 — KYOCERA Document Solutions Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH et Xerox GmbH (affaire C-457/11), Canon Deutschland GmbH (affaire C-458/11, les parties au principal dans les affaires C-457/11 et C-458/11 étant ci-après désignées sous le terme collectif de «Kyocera»), Fujitsu Technology Solutions GmbH (affaire C-459/11, ci-après «Fujitsu») et Hewlett Packard GmbH (affaire C-460/11, ci-après «Hewlett Packard»).

22 — Un traceur est un genre d'imprimante (voir infra, point 54).

25. Le Bundesgerichtshof pose donc les questions suivantes<sup>23</sup>:

- «1) Convient-il de prendre en compte la directive aux fins de l'interprétation du droit national, lorsque les événements concernés se sont produits après la date d'entrée en vigueur de la directive le 22 juin 2001, mais avant la date de sa mise en application le 22 décembre 2002?
- 2) Les reproductions obtenues à l'aide d'imprimantes [ou d'ordinateurs personnels] peuvent-elles être considérées comme des reproductions effectuées au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive?
- 3) En cas de réponse affirmative à la deuxième question: dans l'hypothèse où des exceptions ou des limitations au droit de reproduction sont prévues en vertu de l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive, les conditions prévues par la directive en matière de compensation équitable peuvent-elles également être remplies, compte tenu du droit fondamental à l'égalité de traitement consacré à l'article 20 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lorsque les débiteurs de la rémunération appropriée [<sup>24</sup>] ne sont pas les fabricants, importateurs et distributeurs des imprimantes [ou des ordinateurs personnels], mais les fabricants, importateurs et distributeurs d'un ou de plusieurs autres appareils qui, combinés à d'autres appareils, permettent d'effectuer les reproductions souhaitées?
- 4) La possibilité d'appliquer les mesures techniques visées à l'article 6 de la directive suffit-elle à rendre caduque la condition de la compensation équitable prévue à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive?
- 5) Le fait que le titulaire des droits autorise expressément ou implicitement la reproduction de son œuvre permet-il de rendre caduque la condition [article 5, paragraphe 2, sous a) et b), de la directive] et la possibilité (considérant 36 de la directive) d'une compensation équitable?»

26. VG Wort, les fournisseurs, les gouvernements finlandais, allemand, lituanien, néerlandais, polonais et espagnol, l'Irlande, le gouvernement du Royaume-Uni, ainsi que la Commission, ont soumis des observations écrites. VG Wort, Fujitsu, Hewlett Packard, Kyocera, les gouvernements tchèque, allemand, néerlandais et autrichien, le gouvernement du Royaume-Uni ainsi que la Commission ont présenté des observations orales à l'audience du 22 octobre 2012.

## Appréciation

27. Le Bundesgerichtshof a pour souci d'interpréter plusieurs dispositions de l'UrhG conformément à la directive, dans la mesure où le droit de l'Union requiert une telle interprétation conforme. À cet effet, la juridiction de renvoi pose une question sur l'application *ratione temporis* de la directive ainsi que quatre questions relatives à l'interprétation des dispositions matérielles de ladite directive. Comme il n'est pas contesté que la directive s'applique à la plus grande partie de la période litigieuse, j'examinerai en premier lieu les questions de fond. Avant cela, je crois cependant utile d'aborder quelques points d'ordre général sur la directive et sur ses relations avec la législation allemande.

23 — Les cinq questions posées par la juridiction de renvoi sont identiques dans les affaires C-457/11 et C-458/11, étant entendu que les deuxième et troisième questions concernent des imprimantes. Les mêmes questions sont posées dans l'affaire C-459/11, sauf que les deuxième et troisième questions concernent des ordinateurs personnels et non des imprimantes. Dans l'affaire C-460/11, seules les trois premières questions sont posées en relation avec des imprimantes.

24 — «angemessene Vergütung» (voir *supra*, note 20).

## *Remarques préliminaires*

### Les relations entre le préambule et le dispositif de la directive

28. La directive se caractérise par la longueur de son préambule extrêmement détaillé, celui-ci excédant le dispositif d'environ 40 %. Plusieurs considérants du préambule ont été cités fréquemment au cours de la procédure devant la Cour, cette dernière s'y étant elle-même largement référée dans sa jurisprudence<sup>25</sup>.

29. Il ressort clairement du préambule de la directive que le législateur de l'Union a cherché non seulement à atteindre autant que possible l'uniformité nécessaire au marché intérieur<sup>26</sup>, mais également à permettre une adaptation progressive aux nouvelles formes d'exploitation, aux nouvelles utilisations et à l'évolution technologique<sup>27</sup>. Il existe donc certaines raisons d'interpréter la directive dans un esprit d'harmonisation et selon une approche progressive et évolutive.

30. D'un autre côté, il convient de rappeler que la directive laisse une grande marge d'appréciation aux États membres et s'abstient d'harmoniser de nombreux aspects. Par exemple, quel montant de compensation est équitable et comment cette compensation doit-elle être financée? Rien que l'existence de 20 exceptions ou limitations facultatives au droit de reproduction, dont 17 permettent, en outre, aux États membres d'opter ou non pour une compensation équitable, revient, en pratique, à renoncer aux objectifs précités. Dès lors que le législateur de l'Union a délibérément laissé une liberté de choix aux États membres, il ne semble pas approprié que la Cour opère elle-même ce choix au nom d'une plus grande harmonisation.

31. Par ailleurs, la sécurité juridique étant une condition sine qua non de l'harmonisation du marché intérieur<sup>28</sup>, une approche progressive et évolutive en matière d'interprétation n'est pas propice à une sécurité juridique optimale. Face à des évolutions technologiques et commerciales interdépendantes, il y a des limites que la Cour ne peut pas outrepasser dans la recherche d'une interprétation législative adaptée à ces évolutions. Il arrive un moment à partir duquel seul le législateur de l'Union est compétent pour assurer une telle adaptation.

32. Enfin, j'aimerais inciter à la prudence en ce qui concerne l'importance que l'on pourrait être tenté de donner au préambule par rapport au dispositif. Il est vrai qu'un acte doit être interprété en tenant compte des motifs qui ont conduit à son adoption<sup>29</sup>. J'aimerais cependant rappeler le point 10 de l'accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire<sup>30</sup>. Ce point affirme que «[l]es considérants ont pour but de motiver de façon concise les dispositions essentielles du dispositif, sans en reproduire ou paraphraser le libellé. Ils ne comportent pas de dispositions de caractère normatif ou de vœux politiques». Bien que ces lignes directrices ne soient pas contraignantes, on peut supposer que les institutions qui ont adopté ces lignes d'un commun accord (à savoir le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission) s'en inspirent lors de l'élaboration de la législation<sup>31</sup>.

25 — Voir, par exemple, arrêts *Padawan* et *Stichting de Thuiskopie* (précités note 11).

26 — Points 35 et 36 de l'arrêt *Padawan*.

27 — Voir, par exemple, considérants 5 à 7, 39, 44 et 47 du préambule.

28 — Voir, par exemple, considérants 4 et 21 de la directive.

29 — Voir, par exemple, arrêt du 29 avril 2004, *Italie/Commission* (C-298/00 P, Rec. p. I-4087, point 97).

30 — Accord du 22 décembre 1998 (JO 1999, C 73, p. 1).

31 — Voir, en ce sens, arrêts du 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.* (C-154/04 et C-155/04, Rec. p. I-6451, point 92), et du 10 janvier 2006, *IATA et ELFAA* (C-344/04, Rec. p. I-403, point 76).

## Les relations entre la directive et la législation allemande

33. La directive protège avant tout le droit fondamental de l'auteur d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son œuvre. Bien qu'elle ne réglemente pas les contrats de licence, elle part du principe que les auteurs peuvent négocier une rémunération en contrepartie de l'autorisation de reproduction qu'ils accordent. Le considérant 10 de la directive énonce que les auteurs doivent obtenir une «rémunération appropriée» pour l'utilisation de leurs œuvres<sup>32</sup>.

34. Les États membres peuvent néanmoins introduire dans leur législation tout ou partie des exceptions ou limitations prévues de manière exhaustive au droit d'autoriser ou d'interdire les reproductions. Dans trois de ces cas, les États membres sont tenus de s'assurer que les auteurs reçoivent une compensation équitable en contrepartie de l'atteinte portée à leurs droits (dans les autres cas, les États membres ont la faculté et non l'obligation de prévoir une telle compensation)<sup>33</sup>. En l'espèce, les renvois préjudiciels portent principalement sur deux de ces trois cas, à savoir l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive (qui permet une exception ou une limitation pour les reproductions effectuées «sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires») et l'article 5, paragraphe 2, sous b) (qui concerne les reproductions effectuées «sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales»). En revanche, la troisième question du Bundesgerichtshof se réfère expressément à l'ensemble des dispositions de l'article 5, paragraphes 2 et 3, celles-ci énumérant 20 situations plus ou moins concordantes dans lesquelles les États membres peuvent prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction<sup>34</sup>. De même, le problème essentiel soulevé dans la cinquième question préjudicielle (à savoir l'autorisation de reproduction par les titulaires de droits) renvoie à l'ensemble de ces situations.

35. Il convient de rappeler que les dispositions de l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive sont toutes facultatives, la faculté consistant à prévoir ou non, dans chaque cas, une exception ou limitation au droit de reproduction. La nature facultative des exceptions ou limitations donne aux États membres une certaine liberté d'action dans ce domaine, ce qui se reflète dans le préambule de la directive, en particulier aux considérants 34, 36 à 40, 51 et 52 de ladite directive.

36. Je tire plusieurs conclusions des considérations précédentes.

37. En premier lieu, une exception ou limitation au droit de reproduction n'est pas compatible avec la directive lorsque sa portée est plus large que celle prévue par les dispositions de l'article 5, paragraphes 2 ou 3. Toutefois, étant donné la nature facultative de ces dispositions et la possibilité d'introduire une limitation plutôt qu'une exception, une mesure de portée moindre serait compatible avec la directive. Ainsi, un État membre ne peut pas, sur la base de l'article 5, paragraphe 2, sous b), prévoir une exception pour toute reproduction effectuée sur un quelconque support par une personne physique sans se référer au but poursuivi par la reproduction, car la portée de cette exception serait plus large que celle de l'article 5, paragraphe 2, sous b), (ou de toute autre disposition) de la directive.

32 — Voir supra, note 20.

33 — À cet égard, il convient de mentionner l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui protège en particulier le droit de jouir et de disposer de la propriété des biens acquis légalement, y compris la propriété intellectuelle. Cet article dispose en outre que nul ne peut être privé de sa propriété, «si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte». Voir, également, article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

34 — Le considérant 32 de la directive indique que la liste des exceptions et limitations est exhaustive et «tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres». En d'autres termes, il semble que cette liste soit en réalité une compilation des exceptions et limitations existant dans les différents ordres juridiques nationaux, ce qui peut expliquer pourquoi certaines situations se recoupent (à l'origine, la proposition de directive de la Commission ne prévoyait que huit exceptions ou limitations, la liste s'étant étoffée et précisée tout au long de la procédure législative).

A contrario, un État membre peut, toujours sur la base de l'article 5, paragraphe 2, sous b), prévoir une exception pour les reproductions effectuées par une personne physique uniquement sur papier et à des seules fins d'étude privée, étant donné que la portée de cette exception, bien que plus étroite que celle prévue, ne dépasserait pas le cadre de ce qui est autorisé.

38. En second lieu, le recoupement partiel des différentes situations doit être pris en compte pour déterminer si une disposition de droit national (ou son interprétation) est conforme à la directive. La directive n'oblige pas les États membres à prévoir dans leur droit national des exceptions ou des limitations de manière à ce que chacune d'entre elles corresponde exactement à l'une des 20 situations prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3. Une exception ou limitation nationale au droit de reproduction peut donc être compatible avec la directive, même si elle inclut des éléments issus de deux ou plusieurs dispositions de l'article 5, paragraphes 2 ou 3. Toutefois, comme une telle exception ou limitation ne doit pas dépasser le cadre permis par ces dispositions, il convient de s'assurer que les exceptions «hybrides» ne combinent pas plusieurs conditions de manière à couvrir un domaine qui ne relèverait d'aucune des exceptions et limitations autorisées par la directive.

39. À cet égard, je note que, même si elles se basent sur des critères tout à fait différents (voire très contrastés), les définitions visées à l'article 5, paragraphes 2, sous a) et b), se recoupent dans une large mesure en ce qui concerne les actes de reproduction couverts. Tandis que la définition contenue à l'article 5, paragraphe 2, sous a), se limite aux moyens de reproduction et au support utilisé, celle de l'article 5, paragraphe 2, sous b), se réfère exclusivement à l'identité de l'auteur de la reproduction et à l'objectif poursuivi par la reproduction.

40. Par conséquent, une exception concernant les reproductions effectuées par une personne physique sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales (ce qui inclut la plupart des photocopies privées d'objets protégés) relèvera indifféremment de l'une ou de l'autre disposition ou bien des deux à la fois. À l'inverse, les reproductions effectuées par des personnes autres que des personnes physiques et au moyen d'autres procédés ne relèveront ni de l'une ni de l'autre disposition; pour être compatible avec la directive, une exception concernant de telles reproductions devra être couverte par un autre sous-paragraphe de l'article 5, paragraphes 2 ou 3.

41. Les paragraphes 1 à 3 de l'article 53 de l'UrhG, dont la pertinence pour la résolution du litige au principal a été soulignée tant par le Bundesgerichtshof que par les parties au principal, semblent se rapporter non seulement aux cas où les points a) et b) de l'article 5, paragraphe 2, de la directive se recoupent, mais également à des situations couvertes par une seule de ces définitions. En outre, ces dispositions se rapportent au moins partiellement à certaines autres exceptions, telles que celles relatives aux domaines éducatif et scientifique (domaines pour lesquels la compensation équitable est facultative et non obligatoire). Les articles 54a, paragraphe 1, et 54 d de l'UrhG, lus en combinaison avec l'annexe II de cette même loi, prévoient un barème de rémunération unique pour les appareils capables de photocopier (ou de reproduire de manière équivalente) des objets protégés à toutes les fins prévues à l'article 53, paragraphes 1 à 3, de l'UrhG<sup>35</sup>. Cette absence de parallélisme entre la directive et l'UrhG ne facilite pas la tâche visant à déterminer si une interprétation de la loi allemande est conforme à ladite directive. Lorsqu'une législation nationale combine plusieurs exceptions, la question de la conformité de cette législation avec la directive en cause pourrait même se poser dans certains cas (j'ajouterais en plus que l'utilisation du terme «angemessene Vergütung» à l'article 54a, paragraphe 1, de l'UrhG complique les choses en semblant susciter une confusion avec des notions autres que celle de «compensation équitable» employée dans la directive<sup>36</sup>).

35 — Voir supra, points 15 à 21.

36 — Voir supra, note 20.

42. Cependant, dans la mesure où la redevance s'applique uniquement aux appareils capables d'effectuer des «reproductions [...] sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires», de tels actes de reproduction relèvent tous de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, même si certains d'entre eux peuvent également se rapporter à d'autres exceptions (comme l'exception de copie privée). Il est donc nécessaire, pour des raisons de cohérence, que les conditions régissant cette redevance soient en tout état de cause conformes à l'article 5, paragraphe 2, sous a).

#### Les relations entre la redevance et la compensation équitable

43. Les quatrième et cinquième questions concernent, en substance, les effets qu'un comportement précis des titulaires de droits – à savoir la non-application de mesures techniques disponibles destinées à empêcher ou à limiter les reproductions, d'une part, et l'octroi d'une autorisation de reproduction expresse ou implicite, d'autre part – peut avoir sur le droit à compensation équitable dans une situation couverte par une exception ou une limitation adoptée sur la base de l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de la directive. Ces questions ne se posent pas dans le cadre d'un litige où le droit à rémunération du titulaire serait contesté, mais se rapportent au calcul du montant de la redevance prélevée sur les appareils en vue de financer la compensation équitable. Il n'en reste pas moins que ces questions présupposent que les sommes facturées servent à rémunérer les titulaires de droits et sont calculées sur la base du montant total à payer au titre de la compensation équitable.

44. Il convient cependant de noter que, dans certains États membres (même si ce n'est apparemment pas le cas en Allemagne), les redevances prélevées sur les appareils et les supports vierges ne visent pas uniquement à fournir une compensation équitable aux titulaires de droits, mais sont également utilisées à des fins collectives ou culturelles, comme la promotion de la production littéraire, musicale ou audiovisuelle<sup>37</sup>.

45. La question de la relation entre les redevances, la compensation équitable et les objectifs d'ordre collectif ou culturel n'est pas soulevée dans l'affaire au principal, mais a été posée à la Cour par l'Oberster Gerichtshof (cour suprême autrichienne) dans une autre procédure préjudicielle en cours<sup>38</sup>. Sans vouloir préjuger de cette question en l'espèce, il me semble souhaitable de garder cet aspect à l'esprit dans le cadre de l'examen des questions préjudicielles du Bundesgerichtshof. Dans la mesure où une redevance est calculée afin de fournir aux titulaires de droits la compensation équitable prévue par la directive, le degré de liberté dont les États membres disposent pour définir cette compensation – que celle-ci ait pour seul but d'indemniser le «préjudice» mentionné au considérant 35 de la directive et aux points 39 et suivants de l'arrêt Padawan<sup>39</sup> ou qu'elle puisse également prendre la forme d'une contribution plus générale au profit collectif des titulaires de droits – est pertinent.

46. Il convient désormais d'examiner les questions préjudicielles en commençant par les quatre questions relatives au fond de l'affaire.

37 — Voir *International Survey on Private Copying Law & Practice*, Stichting de Thuis kopie, 2012, p. 9.

38 — Affaire Amazon.com International Sales e.a. (C-521/11), Il semble que 50 % des montants collectés en Autriche sont affectés, en vertu de la loi, à des objectifs sociaux ou culturels.

39 — Voir supra, points 13 et 14. On notera que, dans cet arrêt, les considérants de la directive sont qualifiés, peut-être par inadvertance, de «dispositions».

*Deuxième question: les critères de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive*

47. La juridiction de renvoi se demande si, dans le cadre de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, les «reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires» comprennent également les reproductions réalisées à l'aide d'imprimantes ou d'ordinateurs personnels (principalement dans le cas où ces appareils sont reliés entre eux).

48. Au cœur de cette question se trouve la distinction entre les copies réalisées à partir d'un original «analogique» (pour l'essentiel, un document sur papier ou sur support similaire reproduit au moyen d'un procédé «analogique/analogique», comme une photocopie) et les reproductions de documents «numériques» (c'est-à-dire un document sous forme électronique imprimé au moyen d'un procédé de reproduction «numérique/analogique», comme l'impression d'une page Internet). Étant donné que de telles reproductions sont définies selon des critères techniques, il semble souhaitable, dans le cadre de l'examen de cette question, d'avoir à l'esprit quelques notions concernant le mode de fonctionnement des procédés et des appareils concernés<sup>40</sup>.

49. Dans son acception générale, la photographie consiste, pour l'essentiel, à capturer par un procédé optique une image définie (telle qu'elle aurait été perçue à travers l'objectif d'un appareil photo à un moment donné) et à enregistrer le résultat afin de le reproduire ultérieurement sous forme d'image. Il peut s'agir de l'image d'un document, le terme «image» devant être entendu comme incluant la reproduction de documents en tout genre (c'est-à-dire aussi bien des textes que des graphiques).

50. Dans la photographie traditionnelle, une pellicule négative photosensible est exposée à la lumière provenant d'une vue réelle; après développement, ce négatif est utilisé comme filtre pour projeter l'image correspondante sur un papier photosensible sur lequel des copies positives sont imprimées. L'image ainsi recueillie et reproduite est donc analogique à la vue aperçue à travers l'objectif.

51. La photographie numérique enregistre l'image non pas sous forme analogique, mais sous forme de très nombreux pixels d'intensité et de couleur différentes. L'information numérique peut ensuite être transférée (via une connexion directe, y compris une connexion sans fil, ou un dispositif portable tel une carte mémoire) à d'autres appareils capables de reproduire une image analogique sur différents types de support. De nos jours, on trouve des appareils photo numériques sur d'autres appareils, comme des «tablettes» numériques et nombre (voire sans doute la majorité) de téléphones portables.

52. En ce qui concerne les photocopieurs xérographiques (c'est-à-dire la plupart des photocopieurs modernes), une lumière vive est projetée sur un document avant d'être reflétée sur un cylindre électrostatique qui attire ou repousse de l'encre en poudre (toner) en fonction de l'intensité lumineuse frappant chaque partie, ce qui permet ainsi de former une image analogique qui sera ensuite transférée sur du papier. Aucune partie à la procédure devant la Cour n'a contesté – et il ne semble d'ailleurs pas contestable – qu'un tel procédé constitue une «technique photographique» ou un «procédé ayant des effets similaires» au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive.

53. Un scanner capture l'image d'un document (là encore par projection lumineuse) sous forme d'informations numériques, celles-ci pouvant ensuite être transmises à d'autres appareils capables de les enregistrer et/ou de reproduire une image analogique sur différents types de support.

54. Une imprimante produit des images à partir des informations numériques qu'elle reçoit d'une autre source, comme un ordinateur, un appareil photo numérique ou un dispositif mémoriel portable (tel qu'une carte mémoire, une clé USB ou un CD-Rom). Les divers types d'imprimantes utilisent des procédés différents: ainsi, les imprimantes laser produisent une image analogique sur un cylindre à

40 — Les développements suivants n'ont pas pour ambition d'être exhaustifs ni précis, mais visent uniquement à esquisser le cadre dans lequel s'inscrivent la plupart des situations visées par les questions préjudicielles.

partir d'une source numérique avant de transférer cette image sur papier (essentiellement de la même manière que les photocopieurs xérogaphiques), tandis que les imprimantes à jet d'encre créent l'image directement sur le papier à partir des informations numériques. La plupart des imprimantes produisent des images sur différents types de papier; certaines peuvent même imprimer les images sur d'autres supports tels le tissu ou des films transparents. Les traceurs sont, pour l'essentiel, des imprimantes spéciales conçues pour certaines applications graphiques; à l'origine, ils produisaient des images grâce au mouvement d'un stylo sur le papier; de nos jours, ils peuvent utiliser des techniques similaires à celles des autres imprimantes.

55. Lorsqu'ils sont connectés l'un à l'autre, un scanner et une imprimante remplissent la même fonction globale qu'un photocopieur. Dans certains cas, ils doivent tous les deux être connectés à un ordinateur pour remplir cette fonction, tandis que, dans d'autres cas, ils peuvent être connectés directement entre eux ou bien l'information peut être transportée de l'un à l'autre par l'intermédiaire d'un dispositif mémoriel portable. Les imprimantes multifonctionnelles ou appareils «tout en un» combinent les fonctions (entre autres) d'un scanner, d'une imprimante et d'un photocopieur; ils ont une mémoire et une capacité de traitement limitées et spécialisées, étant entendu que celles des ordinateurs sont plus importantes et moins spécialisées.

56. Les informations numériques de l'image peuvent être entrées et mémorisées sur un ordinateur (que ce soit directement, à partir d'un appareil photo ou d'un scanner par exemple, ou indirectement, via un dispositif mémoriel portable ou Internet). De là, elles peuvent être manipulées et envoyées à un appareil périphérique (tel un moniteur ou une imprimante) afin de reproduire une image analogique. Une image scannée est généralement enregistrée de telle manière que la reproduction constitue une représentation visuelle de l'original; toutefois, un logiciel de reconnaissance optique des caractères peut être utilisé pour convertir le texte imprimé en informations numériques neutres à partir desquelles ledit texte pourra être reproduit sous une forme visuellement différente de l'original. Les informations numériques représentant un texte ou une image peuvent également être créées dans un ordinateur sans original, à l'aide d'un clavier ou d'une souris et d'un logiciel approprié. Toutefois, un ordinateur ne peut pas capturer ou reproduire lui-même une image sans un périphérique d'entrée et de sortie.

57. De manière schématique, la manière dont une image peut être reproduite à l'aide d'un ou de plusieurs des appareils précités comprend donc une phase initiale, une phase intermédiaire et une phase finale. La phase initiale peut impliquer la saisie optique d'un original analogique ou la création non optique d'un original numérique. La phase intermédiaire peut comporter une ou plusieurs opérations de stockage, de transfert ou de manipulation, que ce soit sous forme analogique ou numérique. Dans la phase finale, une image visible est produite sous forme analogique<sup>41</sup>.

58. À la lumière de ce qui précède, comment convient-il d'interpréter l'expression «reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires» au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive? Le Bundesgerichtshof demande si de telles reproductions (lesquelles, rappelons-le, ne se limitent pas à des copies privées) englobent les reproductions obtenues à l'aide d'imprimantes (traceurs y compris) ou d'ordinateurs. La question sous-jacente consiste à déterminer si ces reproductions comprennent uniquement les copies effectuées à partir d'un original analogique ou bien également celles réalisées à partir d'une source numérique.

41 — L'exposé précédent s'est concentré sur les images analogiques visuelles, étant entendu que des techniques similaires s'appliquent pour les reproductions destinées aux malvoyants. Les gaufreuses Braille créent des textes à partir de données numériques selon un procédé sensiblement équivalent à celui des imprimantes et utilisent le papier comme support de sortie. D'autres appareils peuvent produire des versions gaufrées des images, que les voyants percevront visuellement. Je ne considère pas que de telles reproductions sont exclues du droit de reproduction et, partant, de l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de la directive. Il convient donc de partir du principe que de telles reproductions sont également couvertes par mon analyse, même si, pour des seules raisons de simplicité, je continuerai à parler des entrées et des sorties analogiques essentiellement en termes visuels.

59. VG Wort, les gouvernements autrichien et tchèque et le gouvernement du Royaume-Uni considèrent que les copies effectuées à partir d'une source numérique sont visées. Le gouvernement allemand n'examine pas cette question. Les autres gouvernements, la Commission et les fournisseurs soutiennent tous le point de vue contraire (que la juridiction de renvoi semble elle aussi encline à adopter).

60. À un certain niveau, la réponse semble relativement simple.

61. Si l'on considère la définition dans son ensemble, il me semble que son sens fondamental couvre essentiellement les reproductions analogiques effectuées à partir d'un original analogique au moyen d'un photocopieur – c'est-à-dire au moyen de la technique de la reprographie pour reprendre le terme utilisé au considérant 37 de la directive<sup>42</sup>. Toutefois, il n'existe aucune différence essentielle entre de telles reproductions et celles effectuées à l'aide, par exemple, d'un scanner ou d'un appareil photo numérique relié (via un ordinateur ou un autre appareil) à une imprimante ou bien encore d'un appareil «tout en un». Même si l'image passe à travers une phase intermédiaire d'encodage et de stockage numériques, la source et le résultat restent analogiques, comme dans le cas d'un photocopieur. Le procédé ne diffère pas plus des photocopies xérogaphiques que la photographie numérique ne diffère de la photographie traditionnelle. On ne saurait affirmer que les effets ne sont pas «similaires» au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a).

62. Il s'ensuit que des ordinateurs et des imprimantes peuvent être utilisés pour effectuer les reproductions visées à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive. Toutefois, la question à laquelle il convient de répondre pour résoudre le litige au principal va plus loin que cela. Lorsque les informations numériques à partir desquelles l'imprimante produit des documents imprimés ne proviennent pas d'un scanner relié à ladite imprimante, mais d'un ordinateur ayant reçu ces informations d'une source distante (téléchargement à partir d'un site Internet ou fichier joint à un courriel, par exemple), une telle situation relève-t-elle aussi de l'article 5, paragraphe 2, sous a)? Ce problème est lié à un aspect de la troisième question préjudicielle, c'est-à-dire à la question de savoir si l'on peut considérer à bon droit que, dans une unité composée d'un scanner, d'un ordinateur et d'une imprimante, c'est le scanner qui remplit le plus clairement les fonctions de la technique photographique ou d'un autre procédé ayant des effets similaires, si bien que la redevance visant à fournir une compensation équitable aux auteurs devrait être calculée sur la seule base de cet appareil.

63. Tout d'abord, c'est à tort, selon moi, que VG Wort a évoqué la possibilité qu'une copie réalisée sur un support d'enregistrement numérique puisse être considérée, aux fins de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, comme une reproduction effectuée «sur papier ou sur support similaire» au motif que la copie numérique peut précéder une reproduction analogique ou en constituer un substitut fonctionnel. Une telle interprétation ne tiendrait aucun compte de la signification des termes «papier» et «similaire» et impliquerait que n'importe quel support d'enregistrement pourrait être utilisé. Il est clair, selon moi, que, afin d'être similaire au papier en tant que support de reproduction, un substrat doit pouvoir servir et doit effectivement servir de support à une représentation physique perceptible et interprétable par les sens humains.

42 — Dans l'exposé des motifs de la proposition initiale de directive, la Commission indiquait: «Cette disposition s'applique uniquement à la reprographie, c'est-à-dire aux techniques qui permettent de réaliser un fac-similé ou, en d'autres termes, un tirage sur papier. Elle ne se fonde pas sur la technique utilisée, mais plutôt sur le résultat de l'opération, qui doit se présenter sur support papier». Bien que cette déclaration se focalise sur le résultat plutôt que sur la source, il me semble que le terme «fac-similé» implique nécessairement une équivalence de forme entre la source et le résultat.

64. Toutefois, il ne suffit pas, aux fins de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, que la reproduction d'un original protégé soit effectuée sur «papier ou sur support similaire»; encore faut-il qu'elle soit réalisée «au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires». Si un scanner est en mesure de capturer des images au moyen de la technique photographique, il ne peut pas les reproduire par lui-même; une imprimante peut, quant à elle, reproduire de telles images, mais non les capturer; quant à un ordinateur, il ne peut faire ni l'un ni l'autre, mais peut accomplir une fonction intermédiaire entre les deux.

65. S'il est possible de considérer, en principe, qu'une unité composée d'un scanner, d'une imprimante et d'un ordinateur peut effectuer des reproductions au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, peut-on en dire autant lorsque les informations numériques représentant l'original protégé sont saisies dans l'ordinateur à partir d'une source différente (téléchargement à partir d'un site Internet ou fichier joint à un courriel, par exemple) ou bien sont traitées (via un logiciel de reconnaissance optique des caractères, par exemple) de manière telle que le résultat n'est pas un fac-similé de l'original?

66. À cet égard, je ferais remarquer, en premier lieu, qu'il ne ressort pas clairement des termes de la disposition, pris dans leur sens ordinaire, qu'ils couvrent de telles situations. De même, rien dans les travaux préparatoires ne laisse penser qu'il a été envisagé à un moment quelconque d'élargir la portée de cette disposition au-delà de la définition habituelle de la reprographie ni même [contrairement à l'article 5, paragraphe 2, sous b), qui fait référence à l'application de mesures techniques] de permettre une prise en compte des évolutions techniques futures de la reprographie.

67. En deuxième lieu, l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive doit, en principe, être interprété strictement dans la mesure où il constitue une exception à la règle générale prévue à l'article 2 (droit de reproduction exclusif de l'auteur).

68. En troisième lieu, l'article 5, paragraphe 5, de la directive commande clairement une interprétation restrictive et non extensive<sup>43</sup>. Cette disposition paraît d'autant plus importante en l'espèce que, parmi toutes les exceptions et limitations prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3, seules celles de l'article 5, paragraphe 2, sous a), sont susceptibles de couvrir des reproductions effectuées à des fins commerciales. Compte tenu tout particulièrement de la triple condition énoncée à l'article 5, paragraphe 5, une interprétation de l'article 5, paragraphe 2, sous a), qui n'imposerait aucune restriction quant à la nature du document source, ne serait probablement pas en mesure de satisfaire à la première condition selon laquelle les exceptions et limitations ne peuvent être prévues que dans «certains cas spéciaux» – en pratique, n'importe quelle reproduction (autre qu'une partition musicale) entrerait dans le cadre de l'exception, dès lors qu'elle pourrait être effectuée sur papier ou sur support similaire. Dans la mesure où de telles reproductions ne connaissent aucune limitation ni en termes de quantité ni en termes de finalité, il y aurait en outre de fortes chances qu'elles portent atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et aux intérêts légitimes du titulaire du droit, si bien que les deuxième et troisième conditions ne seraient pas remplies elles non plus.

69. Il ne m'est donc pas difficile de conclure, à l'instar de l'opinion majoritaire défendue devant la Cour, que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive couvre uniquement les copies analogiques de documents analogiques. Le terme «photographique» exige la saisie optique d'un original analogique, tandis que la condition relative à la nature du support (papier ou support similaire) implique que le résultat doit être analogique. Soutenir que l'expression «ayant des effets similaires» signifie uniquement que «le résultat est similaire à celui qui aurait pu être obtenu au moyen d'une technique photographique» reviendrait tout simplement à dénier toute signification au mot «photographique» – en effet, n'importe quelle reproduction sur papier ou sur support similaire pourrait être considérée comme «similaire» aux reproductions réalisées à l'aide d'une technique

43 — Voir supra, point 9.

photographique. Selon moi, les effets similaires à une technique photographique doivent être entendus comme tout effet similaire à la technique considérée dans son ensemble; le but est donc d'obtenir une reproduction perceptible d'un objet perceptible dans le monde réel. En plus du libellé clair de la disposition, la notion de copie analogique d'un document analogique ressort de manière évidente du mot «reprographie» utilisé au considérant 37 de la directive et dans les travaux préparatoires<sup>44</sup>; cela est en outre confirmé par le fait que les copies numériques sont uniquement mentionnées dans le cadre des copies privées [voir considérant 38 ainsi que l'expression «mesures techniques» à l'article 5, paragraphe 2, sous b)].

70. VG Wort semble se soucier du fait que, si l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive devait être interprété de manière à ne couvrir que les copies analogiques de documents analogiques, les reproductions en grande quantité d'objets numériques protégés pourraient échapper à toute redevance destinée à fournir aux auteurs une compensation équitable. Il est vrai que, selon l'interprétation que je soutiens, les copies analogiques de documents numériques ne sont pas soumises à une obligation de compensation équitable, à moins qu'elles ne soient réalisées par des personnes physiques à des fins privées et non commerciales [article 5, paragraphe 2, sous b)]. Cela s'explique par le fait que de telles copies ne relèvent d'aucun des cas dans lesquels une exception ou limitation peut être prévue conformément à la directive. Elles doivent donc faire l'objet d'une rémunération négociée ou, en cas de préjudice, d'une procédure visant à obtenir réparation. Cette solution semble justifiée lorsqu'on tient compte du fait que la portée de l'article 5, paragraphe 2, sous a), pour autant qu'elle ne se recoupe pas avec d'autres exceptions ou limitations au droit de reproduction, est essentiellement limitée aux reproductions effectuées à des fins autres que la copie privée ou pour un usage dans l'intérêt public – autrement dit, la portée spécifique de cette disposition tend à se limiter aux reproductions effectuées à des fins directement ou indirectement commerciales. À l'inverse, il ne semble pas justifié, compte tenu d'une interprétation qui doit être impérativement stricte voire restrictive, de priver les auteurs de leur droit de reproduction exclusif pour un nombre considérable de copies effectuées à de telles fins.

71. Je suis donc amenée à considérer que l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive doit être interprété comme étant limité aux copies analogiques de documents analogiques (et non de documents numériques). J'ai cependant aussi considéré que la notion de copie analogique d'un document analogique ne doit pas être entendue si étroitement qu'elle exclue les méthodes impliquant une phase numérique intermédiaire (par exemple, lorsqu'un document est imprimé sur une imprimante après avoir été scanné et mémorisé dans l'ordinateur ou bien après avoir été photographié numériquement et transféré sur l'ordinateur via une carte mémoire). Autrement dit, cette notion ne doit pas exclure les copies analogiques effectuées par des moyens numériques à partir d'un document analogique.

72. Cela étant, il semble nécessaire de distinguer cette dernière catégorie [qui, selon moi, relève de la définition de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive] des copies analogiques effectuées à partir d'un document numérique (qui, selon moi, n'en relèvent pas). Les documents numériques issus d'un original analogique peuvent être stockés sur un ordinateur avant d'être imprimés dans des conditions fort éloignées de celles qui seraient normalement considérées comme propres à la reprographie (tel est notamment le cas lorsqu'un original scanné est téléchargé vers un site Internet avant d'être téléchargé par la suite sur l'ordinateur d'une autre personne). Selon moi, de tels cas ne relèvent pas de la définition de l'article 5, paragraphe 2, sous a), même si l'on pourrait considérer que l'opération, dans son ensemble, réalise la reproduction analogique d'un document analogique par des moyens numériques. Si l'on devait adopter une telle approche, la première des trois conditions visées à l'article 5, paragraphe 5, risquerait là aussi de ne pas être remplie, étant donné que la définition deviendrait trop large pour pouvoir considérer qu'elle se limite encore à «certains cas spéciaux».

44 — Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information [COM(95) 382 final], proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [COM(97) 628 final] (voir aussi supra, note 42) et proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information [COM(99) 250 final].

73. On ne saurait se baser, pour opérer cette distinction nécessaire, sur le critère des actes de reproduction «transitoires ou accessoires» visé à l'article 5, paragraphe 1, étant donné que le stockage d'une image sur un disque dur ou sur un autre dispositif mémoriel ne peut clairement pas être considéré comme «transitoire», même s'il peut ne constituer qu'une étape intermédiaire entre l'acte initial (le scannage ou la photographie) et le résultat (l'impression)<sup>45</sup>.

74. Il me semble, par conséquent, que la portée de l'exception ou de la limitation visée à l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive, tout en incluant les situations dans lesquelles la reproduction analogique d'un document analogique implique une étape numérique intermédiaire, doit être interprétée de manière à exclure les situations dans lesquelles l'ensemble du procédé n'est effectué ni par la même personne ni dans le cadre d'une opération unique.

*Troisième question: reproductions impliquant une chaîne d'appareils*

75. Si, comme je le crois, les reproductions visées comprennent les copies réalisées à l'aide d'imprimantes ou d'ordinateurs, une compensation équitable peut-elle être réclamée, compte tenu du principe d'égalité de traitement, aux fabricants, aux importateurs et aux distributeurs non pas d'imprimantes ou d'ordinateurs, mais d'un ou de plusieurs autres appareils faisant partie d'une chaîne d'appareils capable d'effectuer les reproductions souhaitées?

76. La troisième question préjudicielle n'est posée explicitement que dans le cas où la Cour répondrait par l'affirmative à la deuxième question, cette dernière concernant uniquement l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive. Elle se rapporte, néanmoins, à l'ensemble des cas dans lesquels un État membre décide, conformément à l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de prévoir une exception ou une limitation au droit de reproduction, en assortissant celle-ci d'une compensation équitable au profit des titulaires de droits. Comme je l'ai cependant déjà indiqué<sup>46</sup>, l'application de la redevance nationale en cause en l'espèce reste pleinement dans les limites définies à l'article 5, paragraphe 2, sous a), étant entendu qu'elle est susceptible de sortir du cadre fixé par d'autres sous-paragraphes. Par conséquent, afin d'assurer une mise en œuvre à la fois cohérente vis-à-vis des dispositions allemandes et conforme à la directive, ma proposition de réponse se focalisera avant tout sur l'article 5, paragraphe 2, sous a).

77. Il semble que, pour l'essentiel, la juridiction de renvoi doit déterminer si, comme les fournisseurs le soutiennent, la jurisprudence antérieure du Bundesgerichtshof est conforme à la directive – jurisprudence selon laquelle la redevance due pour les copies analogiques effectuées à partir d'un document analogique au moyen d'une chaîne d'appareils (telle qu'un scanner, un ordinateur et une imprimante) ne doit être prélevée que sur l'appareil capable de créer une image du document original (à savoir le scanner dans l'exemple précédent) – ou bien si, à l'instar de ce que VG Wort défend, la redevance devrait être répartie sur les différents appareils de la chaîne en fonction de l'importance de leur utilisation. Le Bundesgerichtshof se demande si une redevance prélevée sur l'ensemble des appareils violerait le principe d'égalité de traitement, au motif notamment qu'il est difficile de déterminer dans quelle mesure les ordinateurs personnels et les imprimantes sont utilisés pour des reproductions analogiques. VG Wort, quant à elle, considère qu'il est possible de procéder sans problème à une telle détermination et que l'application de la redevance aux seuls scanners (et non aux ordinateurs et aux imprimantes) rendrait les scanners extrêmement coûteux tout en soustrayant les reproductions effectuées à partir d'une source numérique à l'obligation de compensation équitable.

45 — Voir, en ce sens, arrêt du 16 juillet 2009, Infopaq International (C-5/08, Rec. p. I-6569, point 64).

46 — Voir supra, points 41 et 42.

78. Dans l'arrêt Padawan<sup>47</sup>, la Cour a reconnu que, dans le cadre de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive, les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation pour définir les modalités de la compensation équitable; qu'une telle compensation est due, en principe, aux auteurs qui, à la suite de l'introduction de l'exception de copie privée, ont subi un préjudice de la part des personnes ayant réalisé des copies au titre de cette exception; mais que, toutefois, il est légitime, dans ce contexte, de réclamer une redevance aux personnes qui effectuent des copies pour d'autres personnes ou qui mettent à disposition des équipements, des appareils ou des supports à cet effet, étant entendu qu'une telle redevance peut être répercutée sur le prix facturé. Si ces principes s'appliquent dans le cadre de l'article 5, paragraphe 2, sous b), ils doivent également valoir, à mon sens, dans les cas visés à l'article 5, paragraphe 2, sous a).

79. La Cour a cependant déclaré, en outre, que l'application sans distinction de la redevance pour copie privée, notamment à l'égard d'équipements, d'appareils ainsi que de supports de reproduction numérique non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé, ne s'avère pas conforme à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive; mais que, dès lors que les équipements en cause ont été mis à la disposition de personnes physiques à des fins privées, il n'est nullement nécessaire d'établir que celles-ci ont effectivement réalisé des copies privées à l'aide de ces équipements et ont ainsi effectivement causé un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée<sup>48</sup>. Il s'ensuit qu'une redevance peut grever des équipements, des appareils et des supports en fonction de l'utilisation potentielle (et non effective) qui peut en être faite pour reproduire des objets protégés; en revanche, une telle redevance ne saurait s'appliquer lorsqu'une telle utilisation est exclue. Là encore, il semblerait que ces principes doivent s'appliquer aux reproductions analogiques visées à l'article 5, paragraphe 2, sous a).

80. Par conséquent, compte tenu de la réponse que je propose d'apporter à la deuxième question, il devrait en principe être légitime de prélever une redevance sur la fabrication, l'importation et la vente non seulement d'appareils capables de réaliser par eux-mêmes des reproductions analogiques d'un document analogique (photocopieurs ou appareils «tout en un», par exemple), mais également d'appareils capables de réaliser de telles reproductions non pas par eux-mêmes, mais grâce à leur connexion à d'autres appareils.

81. Lorsqu'une telle redevance est réclamée conformément à la directive et, partant, dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union, les États membres doivent observer les principes généraux du droit de l'Union dans l'exercice des facultés qui leur sont reconnues<sup>49</sup>.

82. Lorsqu'une redevance est appliquée à une chaîne d'appareils, il ne semblerait pas compatible avec les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité – ni, d'ailleurs, avec les concepts de compensation équitable et de juste équilibre entre les titulaires de droits et les utilisateurs<sup>50</sup> – que chaque composant de la chaîne supporte la même redevance que celle prélevée sur un appareil autonome (photocopieur par exemple). Une telle approche impliquerait qu'un utilisateur pourrait être tenu de payer, au titre de la compensation équitable, des montants extrêmement variables en fonction de l'équipement choisi, ce qui, loin d'être «équitable», serait plutôt de nature à entraîner des distorsions de concurrence entre les fournisseurs des différents appareils.

83. La thèse de VG Wort sur la répartition de la redevance entre les appareils ne semble donc pas, à première vue, incompatible avec la directive. Pour autant, la thèse selon laquelle la redevance devrait être supportée par un seul appareil de la chaîne n'apparaît pas, elle non plus, incompatible à première vue avec la directive. La situation est cependant plus compliquée, notamment s'il faut tenir compte du principe d'égalité de traitement évoqué par le Bundesgerichtshof.

47 — Points 38 à 50 de l'arrêt. Voir, également, points 18 à 29 de l'arrêt *Stichting de Thuiskopie*, précité en note 11.

48 — Points 51 à 59 de l'arrêt *Padawan*.

49 — Voir, en ce sens, arrêt du 29 janvier 2008, *Promusicae* (C-275/06, Rec. p. I-271, point 68).

50 — Considérant 31 de la directive.

84. En premier lieu, il ne fait aucun doute qu'il est possible de déterminer, à l'aide de données statistiques, dans quelle mesure les photocopieurs et appareils «tout en un» sont utilisés, en moyenne, pour la reproduction d'objets protégés, et que c'est seulement sur la base de telles données qu'une redevance prélevée sur de tels appareils à titre de compensation équitable (ou, du moins, toute redevance du type envisagé dans l'arrêt Padawan) peut être calculée. Il convient cependant de déterminer si de telles données peuvent être extrapolées dans le cas d'une chaîne d'appareils (comme un scanner, un ordinateur et une imprimante). Il semble peu probable qu'une telle chaîne soit destinée principalement à la reproduction de documents analogiques sur un support analogique, les photocopieurs et appareils «tout en un» étant plus adaptés à cet effet. Lorsqu'une chaîne d'appareils est utilisée à de telles fins, il serait vraisemblable que cette utilisation soit limitée aux cas spécifiques couverts par l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive, et non à ceux visés à l'article 5, paragraphe 2, sous a), étant donné que les personnes autres que les personnes physiques, de même que les personnes qui réalisent des copies à des fins qui ne sont ni privées ni non commerciales, sont vraisemblablement davantage enclines à opter pour des méthodes moins compliquées de reproduction analogique/analogique – en d'autres termes, elles préféreront des photocopieurs voire, éventuellement, des imprimantes offset. Pour déterminer l'utilisation réelle (entendue comme moyenne statistique) d'un appareil pour de telles reproductions, il semble difficile d'assimiler une chaîne de trois appareils (dont chacun participe au procédé) à un appareil unique qui effectue à lui seul l'ensemble du procédé.

85. En deuxième lieu, s'il est vrai qu'un scanner, un ordinateur personnel et une imprimante peuvent être utilisés pour reproduire des documents analogiques sur un support analogique, l'appareil source ne doit pas nécessairement être un scanner. Les appareils photo numériques, y compris ceux inclus dans d'autres appareils, peuvent également être utilisés à cette fin. Si une redevance doit être prélevée sur les scanners (que ce soit proportionnellement à leur participation à la chaîne ou sur la base d'un autre critère), une telle redevance ne devrait-elle pas également être prélevée sur des appareils source équivalents?

86. En troisième lieu, la chaîne de trois appareils à laquelle le Bundesgerichtshof se réfère peut également s'analyser en deux couples d'appareils (une utilisation en ce sens étant d'ailleurs davantage probable), à savoir un scanner et un ordinateur, d'une part, et un ordinateur et une imprimante, d'autre part; comme aucun de ces couples n'est capable d'effectuer des reproductions analogiques de documents analogiques, ils ne relèvent pas, conformément à ma proposition de réponse à la deuxième question, de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive. Dans le cas où une telle utilisation relèverait des autres exceptions prévues à l'article 5, paragraphes 2 ou 3, il semble clair qu'une redevance destinée à fournir aux auteurs une compensation équitable pourrait se justifier, étant entendu qu'il ne s'agirait pas, dans ce cas, d'une redevance destinée à fournir une compensation équitable pour les reproductions de documents analogiques sur un support analogique (reproduction par technique photographique ou par tout autre procédé ayant des effets similaires selon les termes de l'UrhG).

87. En quatrième lieu, compte tenu de la manière spécifique dont la redevance est mise en œuvre dans l'annexe II de l'UrhG, il semble difficile d'appliquer à une chaîne d'appareils les critères mentionnés dans cette annexe (nombre de copies réalisées en une minute et possibilité d'effectuer des reproductions en couleur), et ce, que la redevance soit répartie sur les différents appareils de la chaîne ou bien appliquée à un seul appareil (sauf s'il s'agit, dans ce dernier cas, de l'imprimante).

88. Un certain nombre de difficultés se posent donc en ce qui concerne la question à résoudre dans les procédures au principal. La cause en est, principalement, que les exceptions prévues à l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive coïncident partiellement et que la redevance allemande en cause a l'inconvénient de relever simultanément de plusieurs de ces exceptions. Elles font aussi ressortir une certaine tension propre à l'approche adoptée par la Cour dans l'arrêt Padawan, tension qui n'est peut-être pas apparue de manière aussi manifeste dans le contexte de l'époque.

89. Dans l'arrêt Padawan, la Cour a considéré, en substance, que i) il existe un lien nécessaire entre les actes de reproduction et l'obligation de verser une compensation équitable aux titulaires de droits, ii) il convient de présumer que les appareils susceptibles d'être utilisés à des fins de reproduction le sont effectivement et iii) aucune redevance ne peut être prélevée sur des appareils qui ne relèvent clairement pas du champ d'application de l'exception particulière prévue par la directive<sup>51</sup>.

90. Je serais encline à suggérer que ce point de vue était plus facile à formuler et à défendre dans le cadre de l'affaire Padawan qu'il ne l'est en l'espèce. En particulier, l'arrêt Padawan concernait uniquement l'exception de copie privée visée à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive ainsi que des supports et appareils destinés principalement à une reproduction susceptible de relever de cette exception. L'hypothèse (sans doute justifiée au regard des circonstances de l'affaire Padawan) selon laquelle il existe une distinction claire entre les copies privées [qui relèvent de la définition de l'article 5, paragraphe 2, sous b)] et les copies professionnelles (qui n'en relèvent pas) sous-tendait le litige au principal et a également servi de base au raisonnement de la Cour. En revanche, les présents litiges concernent une redevance destinée à financer une compensation équitable pour une série d'exceptions qui coïncident pour partie, dont un grand nombre peuvent ne pas relever de la définition de l'article 5, paragraphe 2, sous b), mais qui doivent toutes être couvertes par celle de l'article 5, paragraphe 2, sous a). En outre, cette redevance est censée s'appliquer à des appareils dont la destination et l'utilisation effective couvrent généralement des cas de figure plus larges que ceux prévus par les exceptions en cause et qui sont souvent utilisés dans différentes configurations qui ne correspondent pas aux zones communes de chevauchement, sans qu'il n'y ait aucun moyen clair de savoir, lors de l'achat d'un appareil, à quelles fins cet appareil sera utilisé.

91. Il me semble que, si l'approche adoptée par la Cour dans l'arrêt Padawan doit être maintenue dans son ensemble, il sera peut-être nécessaire de la limiter aux exceptions nationales relevant exclusivement de la définition de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive et aux redevances prélevées sur des appareils ou des supports susceptibles d'être différenciés en fonction de leur utilisation (reproduction privée ou autre). S'agissant de la redevance en cause en l'espèce, je pense qu'il serait souhaitable d'adopter une approche plus nuancée, accordant éventuellement une plus grande latitude aux États membres.

92. J'aurais tendance à considérer, à l'instar de la Commission et de Kyocera, que, tandis que la compensation équitable prévue par la directive est clairement conçue comme la contrepartie du préjudice causé par les actes de reproduction qui échappent au contrôle des titulaires de droits en raison des exceptions ou des limitations prévues au droit de reproduction, aucune disposition de la directive n'exige que la compensation soit systématiquement financée par les personnes qui effectuent les actes de reproduction. Si un tel financement n'est bien entendu pas non plus exclu, la question de savoir s'il constitue l'approche la plus appropriée peut dépendre des circonstances propres à chaque exception ou limitation. Lorsque c'est effectivement le cas, la question de savoir si le prélèvement d'une redevance sur des appareils ou des supports de reproduction est le moyen le plus approprié d'assurer un tel financement peut également dépendre de ces circonstances concrètes. Ainsi, une redevance sur des DVD vierges peut s'avérer appropriée afin d'assurer une compensation équitable pour les reproductions de films à des fins privées, tandis que, dans le cadre d'une exception relative aux photocopies, une redevance sur le papier vierge pourrait apparaître moins appropriée qu'une redevance sur les photocopieurs. Pour d'autres exceptions (comme la reproduction d'extraits à des fins de critique ou de revue ou l'utilisation d'une œuvre à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche), il est possible qu'il n'y ait aucun élément sur lequel la redevance puisse utilement être imposée.

51 — Voir supra, points 13 et 14.

93. Compte tenu des difficultés évoquées ci-dessus, il me semble qu'il appartiendra à la juridiction nationale d'examiner la redevance prévue par l'UrhG de manière plus détaillée que la Cour ne peut le faire. Le Bundesgerichtshof devrait ainsi analyser le mode de calcul de la redevance prélevée sur les photocopieurs et examiner dans quelle mesure ce calcul peut être transposé à une chaîne d'appareils capables d'effectuer, dans l'ensemble qu'ils forment, des reproductions similaires, alors qu'aucun de ces appareils ne peut le faire individuellement et que chacun d'entre eux est souvent utilisé à d'autres fins. La juridiction de renvoi devrait également examiner si l'application de la redevance à une telle chaîne d'appareils ou bien à certains appareils de la chaîne assure un juste équilibre entre les droits et intérêts des utilisateurs et des titulaires de droits. S'agissant du principe d'égalité de traitement qui est au centre des préoccupations du Bundesgerichtshof, la juridiction de renvoi devrait, selon moi, tenir compte en particulier de l'égalité de traitement des acquéreurs des appareils en cause (ou de tout autre appareil présentant des fonctions similaires) – et non seulement des importateurs ou des distributeurs –, étant donné que la redevance sera supportée en définitive par ces acquéreurs.

*Quatrième question: mesures techniques visant à lutter contre les reproductions non autorisées*

94. S'agissant des reproductions privées, l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive exige que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prenne en compte l'application ou la non-application des mesures techniques<sup>52</sup> aux objets protégés concernés. Les mesures techniques sont des mesures destinées à empêcher ou à limiter les actes non autorisés par le titulaire du droit et sont réputées efficaces lorsque l'utilisation de l'objet protégé est contrôlée par un code d'accès ou un procédé de protection (tel que le cryptage ou le brouillage) ou bien encore par un mécanisme de contrôle de copie. La possibilité d'appliquer de telles mesures (par opposition à leur application effective) suffit-elle à rendre caduque la condition de la compensation équitable prévue à l'article 5, paragraphe 2, sous b)?

95. Dans le contexte des dispositions nationales en cause au principal, cette question revêt de l'importance pour le calcul de la redevance (en fonction de l'identité des personnes pouvant prétendre à une compensation équitable)<sup>53</sup>.

96. J'aimerais cependant rappeler une nouvelle fois que ces dispositions se rapportent à une redevance applicable à des actes de reproduction qui ne relèvent que partiellement de l'exception de copie privée visée à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive, qui, seule, requiert la prise en compte de l'application ou de la non-application des mesures techniques. À supposer que ma proposition de réponse à la deuxième question soit correcte, les actes en cause se limitent, en outre, à la reproduction analogique de documents analogiques. S'il est vrai que certaines mesures peuvent être prises pour empêcher de telles reproductions<sup>54</sup>, de telles mesures sont davantage utilisées pour lutter contre la falsification de documents officiels ou sécuriser des secrets d'affaires que pour protéger des objets soumis à droits d'auteur. Les mesures techniques visées par la directive sont plus particulièrement celles qui empêchent ou limitent les reproductions effectuées à partir de sources numériques. À titre d'exemple, un document peut être proposé pour consultation sur un ordinateur sous une forme qui empêche tout enregistrement ou toute impression sans un mot de passe approprié; les utilisateurs peuvent alors recevoir le mot de passe après s'être inscrits auprès du titulaire de droits, selon certaines conditions et moyennant le paiement d'une redevance.

52 — Plusieurs parties à la procédure devant la Cour ont souligné que la version allemande de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive diffère des autres versions linguistiques, dans la mesure où elle dispose qu'il convient de prendre en compte la question de savoir *si* de telles mesures *ont été appliquées* («ob technische Maßnahmen [...] angewendet wurden»). La version espagnole est similaire («si se aplican o no»), mais d'autres versions sont plus proches de la formulation plus neutre de l'anglais (ou du français).

53 — Le considérant 35 de la directive énonce: «Le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection prévues à la présente directive».

54 — L'existence de telles mesures (qui comprennent l'utilisation d'hologrammes, de filigranes et d'encre spéciales) explique sans doute pourquoi l'article 6, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive fait référence, dans le cadre de la protection qu'il convient de prévoir pour lutter contre le contournement des mesures techniques efficaces, à l'article 5, paragraphe 2, sous a).

97. Je doute donc que, compte tenu de la redevance en cause au principal, la réponse à la quatrième question soit pertinente [je ne considère cependant pas, contrairement à Fujitsu, que la quatrième question est dénuée de pertinence au motif que l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive concernerait des reproductions effectuées non pas sur «tout support», mais uniquement sur un «support analogique/numérique d'enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel» – expression qui figurait dans la proposition initiale de la Commission avant d'être amendée par le Conseil dans le seul but de «simplifier le libellé»<sup>55</sup>. La directive utilise l'expression «tout support» et ne peut pas être interprétée à l'encontre du sens clair de cette expression. En tout état de cause, le papier est en fait un «support analogique [...] d'enregistrement [...] visuel», même si une telle description est inhabituelle]. Malgré ces doutes, j'examinerai néanmoins la quatrième question.

98. Abstraction faite de l'argument de Fujitsu quant au défaut de pertinence de la quatrième question, les propositions de réponse peuvent être classifiées en trois groupes principaux. Hewlett Packard, Kyocera, les gouvernements lituanien et néerlandais ainsi que le gouvernement du Royaume-Uni considèrent tous que la simple possibilité d'avoir recours à des «mesures techniques» pour protéger une œuvre suffit à exclure toute obligation de verser une compensation équitable en contrepartie de la reproduction de l'œuvre; l'Irlande soutient, pour l'essentiel, le même point de vue, mais défend l'idée d'une approche au cas par cas. En revanche, VG Wort, les gouvernements allemand et polonais ainsi que la Commission considèrent que seule l'utilisation effective de mesures techniques devrait produire un tel effet. Les gouvernements espagnol et français, quant à eux, estiment que la directive n'est pas suffisamment explicite et qu'il incombe aux États membres de trancher cette question. (L'ensemble des parties semblent néanmoins s'accorder sur le fait qu'aucune compensation équitable n'est due lorsque des mesures techniques efficaces sont effectivement mises en œuvre.)

99. Les observations allant dans le sens de la première approche se fondent dans une large mesure sur les considérants 35 et 39 de la directive, qui font référence à la prise en compte, respectivement, du «degré d'utilisation des mesures techniques de protection» et de l'évolution technologique «lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles». Il y est également signalé que, dans l'hypothèse où les titulaires de droits pourraient réclamer une compensation au seul motif qu'ils auraient choisi de ne pas mettre en œuvre de telles mesures, ces titulaires ne seraient pas incités à protéger ou à exercer d'une quelconque autre manière leurs droits de propriété intellectuelle conformément à l'objectif principal de la directive, mais pourraient se contenter de se prévaloir d'une redevance générale pour obtenir une compensation qui n'aurait éventuellement aucun lien avec la demande effective dont leur œuvre fait l'objet. Plusieurs parties se réfèrent à un document de travail des services de la Commission<sup>56</sup>. Ils font également référence à l'arrêt Padawan<sup>57</sup>, dans lequel la Cour a déclaré que la compensation équitable doit être regardée comme la contrepartie du préjudice subi par l'auteur et calculée sur cette base; ainsi, lorsque le titulaire de droits a mis à la disposition du public une copie numérique de son œuvre sans chercher à en empêcher la reproduction par des moyens techniques, il ne serait pas possible de considérer qu'une reproduction de l'œuvre lui cause un préjudice.

100. Les tenants du point de vue contraire invoquent notamment l'utilisation claire des termes «application ou [...] non-application»<sup>58</sup> à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive ainsi que la référence au caractère «efficace» des mesures techniques à l'article 6, paragraphe 3, ces deux expressions semblant exclure la prise en compte d'une simple possibilité d'application des mesures techniques.

55 — Position commune (CE) n° 48/2000 arrêtée par le Conseil le 28 septembre 2000 (JO 2000, C 344, p. 1, point 24 de l'exposé des motifs du Conseil).

56 — Fair compensation for private copying in a converging environment, décembre 2006, document produit par Fujitsu, p. 60 et 61.

57 — Points 40 et 42 de l'arrêt Padawan (la version anglaise de l'arrêt utilise, au point 40, le terme de «recompense», qui ne semble cependant pas correspondre, selon moi, aux termes français et espagnol de «contrepartie» et «contrapartida»).

58 — Voir, également, supra note 52; la version allemande semble soutenir ce point de vue encore plus fortement.

101. Je peux comprendre l'avantage d'une politique selon laquelle un titulaire de droits qui accorde au public l'accès à son œuvre sans appliquer les moyens disponibles permettant d'en contrôler la copie conformément à son droit de reproduction (qui est le droit principal dans l'économie de la directive) serait privé de son droit à compensation équitable (qui est un droit d'ordre secondaire), dès lors que des reproductions privées sont effectuées. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour de statuer en faveur ou non d'une telle politique, mais uniquement d'interpréter les termes de la directive tels qu'ils ont été adoptés.

102. Les termes de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive ne font pas référence au caractère disponible ou non des mesures techniques: la disposition se réfère expressément et exclusivement à leur application ou non-application (ou à la question de savoir si elles sont appliquées ou non). Dès lors que la prise en compte de l'application des mesures techniques aux objets protégés produit un effet déterminé sur le droit à compensation équitable du titulaire, la prise en compte de la non-application de ces mesures (quelle que soit la raison de cette inapplication) ne saurait produire le même effet, à supposer que le dernier membre de phrase de l'article 5, paragraphe 2, sous b), doive rester compréhensible.

103. Il est vrai que certains éléments du préambule de la directive pourraient plaider en faveur d'une autre approche. Toutefois, je ne peux pas interpréter l'expression «degré d'utilisation», qui figure au considérant 35, comme impliquant de quelconques conséquences dans le cas où des mesures ne seraient pas utilisées malgré leur disponibilité. Le considérant 39 parle, quant à lui, de mesures disponibles. Il énonce: «Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception ou la limitation pour copie privée, les États membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles». Cependant, ce passage est encore loin de signifier, me semble-t-il, qu'une compensation équitable est forcément exclue lorsque des mesures disponibles ne sont pas utilisées. En outre, il ne ressort ni d'un quelconque autre passage de la directive ni des travaux préparatoires de cette dernière qu'un tel résultat était visé. Enfin, on ne saurait, selon moi, baser un quelconque argument sur un document de travail qui semble n'avoir jamais dépassé le stade de projet et qui ne représente manifestement pas le point de vue de la Commission, tel qu'il a été présenté à la Cour.

104. Je ne suis pas non plus convaincue, cependant, que la directive exige qu'une compensation équitable soit versée dans tous les États membres lorsque les titulaires de droits n'ont pas empêché ou limité les reproductions illégales par des moyens qui étaient à leur disposition. L'expression «compensation équitable qui prend en compte [...] la non-application des mesures techniques» pourrait également englober la possibilité que la non-application des mesures disponibles n'entraîne pas nécessairement une compensation équitable. Le libellé du considérant 39 de la directive autorise lui aussi, de manière peut-être encore plus certaine, une telle interprétation. En outre, il convient de noter que, contrairement au considérant 35, le considérant 39 ne contient pas une déclaration générale sur le contenu de la directive, mais se contente d'énoncer: «les États membres doivent tenir dûment compte [...]». Un tel libellé est caractéristique des considérants qui se réfèrent à une marge d'appréciation laissée aux États membres<sup>59</sup>. Étant donné qu'il s'agit là, pour l'essentiel, d'un choix politique et d'un aspect qui n'est pas clairement régi par la directive, je considère qu'il convient d'interpréter l'article 5, paragraphe 2, sous b), en ce sens que les États membres peuvent déterminer eux-mêmes si et dans quelle mesure une compensation équitable doit être versée dans le cas où les titulaires de droits n'ont pas utilisé les mesures techniques qui étaient à leur disposition.

59 — Voir supra, point 35.

*Cinquième question: compensation équitable en cas d'autorisation de reproduction*

105. Un droit à compensation équitable prévu (de manière impérative ou facultative) par un État membre dans le cadre d'une exception ou d'une limitation au droit de reproduction s'applique-t-il lorsque le titulaire de droits a expressément ou implicitement autorisé la reproduction de son œuvre?

106. Là encore, cette question revêt de l'importance pour le calcul de la redevance en fonction de l'identité des personnes au profit desquelles la compensation équitable est prévue. Elle soulève aussi une question de principe concernant la relation entre, d'une part, le droit fondamental des auteurs d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres (ainsi que le droit afférent de négocier la rémunération due en contrepartie de la reproduction ou bien de demander réparation de toute contrefaçon éventuelle) et, d'autre part, les exceptions que les États membres peuvent prévoir en droit national (ainsi que le droit à compensation équitable y afférent).

107. Le Bundesgerichtshof signale que l'arrêt Padawan<sup>60</sup> met l'accent sur le lien entre la compensation et le préjudice causé aux titulaires de droits par la reproduction de leurs œuvres, mais qu'aucun préjudice ne saurait être causé à un titulaire, dès lors que l'œuvre est reproduite avec son autorisation. La juridiction de renvoi tend cependant à considérer qu'une exception ou limitation au droit de reproduction, prévue sur la base de l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de la directive, prive le titulaire du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction de son œuvre (tel que prévu à l'article 2 de ladite directive), si bien qu'une autorisation accordée par le titulaire ne produirait aucun effet dans le cadre du système de la directive.

108. Pour l'essentiel, VG Wort et les gouvernements allemand et polonais soutiennent le point de vue avancé à titre provisoire par le Bundesgerichtshof; la Commission adopte, elle, une approche similaire quoique nuancée; quant aux fournisseurs et aux autres gouvernements, ils considèrent, en substance, que tout titulaire de droits qui, dans l'exercice du droit conféré par l'article 2 de la directive, autorise la reproduction de son œuvre (que ce soit expressément ou implicitement, en contrepartie d'une rémunération ou non) est privé du droit à compensation équitable auquel il aurait pu sinon prétendre au titre d'une exception ou d'une limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphes 2 ou 3.

109. Cette question de principe peut être exposée en termes simples. Lorsqu'un titulaire souhaite exercer le droit d'autoriser ou d'interdire les reproductions de son œuvre dans les cas couverts par une exception nationale, le droit de reproduction l'emporte-t-il sur l'exception ou vice-versa?

110. La réponse à cette question semble elle aussi plutôt simple, du moins en principe. Lorsqu'une personne jouit d'un droit conféré par la loi et que ce droit est soumis, également par la loi, à des exceptions ou à des limitations, ledit droit ne peut pas être exercé dès lors que et dans la mesure où les exceptions ou limitations s'appliquent. Tout exercice putatif de ce droit ne produira aucun effet juridique autre que celui prévu par les règles de droit, quelles qu'elles soient, qui régissent les exceptions ou limitations en cause. Il en va précisément ainsi de la relation entre, d'une part, le droit de reproduction que les États membres sont tenus d'accorder en vertu de l'article 2 de la directive et, d'autre part, les exceptions ou limitations qu'ils peuvent prévoir conformément à l'article 5, paragraphes 2 et 3, dans la mesure où ils les prévoient effectivement.

111. Ainsi, si un État membre prévoit, en tant qu'exception simple au droit de reproduction, que les écoles peuvent réaliser des photocopies et les utiliser à des fins d'enseignement sans devoir verser une compensation équitable [ce qu'il est autorisé à faire en vertu de l'article 5, paragraphe 2, sous c), de la directive], les titulaires de droits n'ont aucun mot à dire en la matière. Ils ne peuvent pas empêcher la photocopie dans un tel cas, et toute autorisation qu'ils prétendraient accorder à cet effet serait à la fois superflue et dénuée d'effet juridique. La situation ne peut pas se modifier lorsque, au lieu de cela, l'État

60 — Points 39, 40 et 45 de l'arrêt.

membre prévoit la même exception, mais assortie d'un droit à compensation équitable. La seule différence tient dans le fait que les titulaires de droits peuvent prétendre à cette compensation dans les conditions fixées par la législation nationale. La situation ne peut pas non plus être différente lorsque l'État membre n'a d'autre choix que de prévoir une compensation équitable [comme c'est le cas des exceptions visées à l'article 5, paragraphe 2, sous a) et b)].

112. En d'autres termes encore, si un État membre prévoit, conformément à l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de la directive, une exception au droit de reproduction visé à l'article 2 de ladite directive, les titulaires de droits ne peuvent pas, en principe, simplement faire valoir à nouveau leur droit de reproduction en passant outre à l'exception.

113. Tel doit être, selon moi, le principe de base et au moins le point de départ de la réponse à la cinquième question. Il peut néanmoins être approprié de préciser cette thèse au regard des différents arguments avancés.

114. En premier lieu, Fujitsu et Hewlett Packard soutiennent que l'interprétation du Bundesgerichtshof porte atteinte au droit de propriété garanti à l'article 17 de la charte des droits fondamentaux<sup>61</sup>, dans la mesure où cette interprétation empêcherait les titulaires de droits d'accorder à titre gracieux l'autorisation de reproduire leurs œuvres. Cependant, s'il est vrai que cette interprétation empiète sur le droit de propriété, une telle atteinte est, selon moi, clairement autorisée par l'article 17, paragraphe 1, deuxième phrase, de ladite charte, étant donné qu'il s'agit, en l'espèce, d'une atteinte édictée «pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi», et qu'une compensation équitable est versée.

115. En deuxième lieu, les fournisseurs et plusieurs États membres avancent des arguments concernant certains passages de l'arrêt Padawan. Au point 39 de cet arrêt, la Cour a jugé que la compensation équitable a pour objet d'indemniser les auteurs pour l'utilisation faite *sans leur autorisation* de leurs œuvres protégées; au point 40 du même arrêt, la Cour a confirmé que la compensation équitable est liée au préjudice résultant pour l'auteur de la reproduction de son œuvre protégée effectuée *sans son autorisation* pour un usage privé, tandis qu'elle a déclaré, au point 45, qu'une personne causant un préjudice au titulaire exclusif du droit de reproduction est celle qui reproduit une œuvre protégée *sans solliciter l'autorisation préalable dudit titulaire*. Par conséquent, selon ces arguments, aucune compensation équitable ne saurait être due lorsqu'une autorisation a été demandée et accordée, que ce soit à titre gracieux ou en contrepartie d'une rémunération. Dans aucun de ces cas, donc, il ne peut y avoir de préjudice et le titulaire ne devrait pas avoir droit à une compensation (supplémentaire) – laquelle ne saurait être qualifiée, en tout état de cause, d'«équitable».

116. Je ne suis pas convaincue qu'il faille nécessairement retenir telle quelle cette lecture des passages précités. Au point 2 du dispositif de l'arrêt Padawan, précité, la Cour a jugé que la compensation équitable doit être calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs des œuvres protégées *à la suite de l'introduction de l'exception de copie privée*. C'est à la lumière de cette déclaration que je comprends les passages dans lesquels il est fait référence à une absence d'autorisation. Si l'autorisation ne peut pas être donnée, c'est parce que le titulaire de droits a été privé du droit d'accorder ou de refuser une telle autorisation: c'est donc pour tenir compte de cette privation que la compensation équitable est due.

117. En troisième lieu, et ce qui est plus important encore, plusieurs considérants de la directive sont cités en argument. Le considérant 30 énonce: «Les droits visés dans la présente directive peuvent être transférés, cédés ou donnés en licence contractuelle, sans préjudice des dispositions législatives nationales pertinentes sur le droit d'auteur et les droits voisins». S'agissant des exceptions ou des limitations, le considérant 35 contient la phrase suivante: «Dans le cas où des titulaires de droits

61 — Voir supra, note 33.

auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme, par exemple en tant que partie d'une redevance de licence, un paiement spécifique ou séparé pourrait ne pas être dû». Selon le considérant 44, les «exceptions et limitations ne sauraient être appliquées d'une manière [...] qui porte atteinte à l'exploitation normale de [l']œuvre ou [d'un] autre objet». Le considérant 45 énonce: «Les exceptions et limitations visées à l'article 5, paragraphes 2, 3 et 4, ne doivent [...] pas faire obstacle à la définition des relations contractuelles visant à assurer une compensation équitable aux titulaires de droits dans la mesure où la législation nationale le permet». En ce qui concerne l'application des mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les reproductions, le considérant 51 énonce: «Les États membres doivent encourager les mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris la conclusion et la mise en œuvre d'accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, pour permettre d'atteindre les objectifs visés par certaines exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à la présente directive». Enfin, le considérant 52 ajoute: «De même, lors de l'application d'une exception ou d'une limitation pour copie privée conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), les États membres doivent encourager le recours aux mesures volontaires pour permettre d'atteindre les objectifs visés par ladite exception ou limitation».

118. Par ailleurs, l'article 5, paragraphe 5, de la directive précise que les exceptions ou limitations prévues, notamment, à l'article 5, paragraphes 2 et 3, 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»<sup>62</sup>. S'agissant des mesures techniques destinées à empêcher ou à limiter les reproductions dans le contexte d'exceptions ou de limitations prévues conformément à l'article 5, paragraphe 2, sous a), c), d) ou e), ou paragraphe 3, sous a), b) ou e), l'article 6, paragraphe 4, parle de «mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées».

119. Compte tenu de ces considérants et dispositions, il semble nécessaire de préciser dans une certaine mesure le principe de base. Même si je ne crois pas que le législateur a voulu, au considérant 30, se référer aux exceptions et limitations prévues en application de la directive, il a clairement souhaité que des accords contractuels puissent coexister avec de telles exceptions et limitations. Toutefois, les limites de cette coexistence ne sont pas clairement définies ni même exposées dans leurs grandes lignes. Je pense donc que les États membres doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation à cet égard.

120. Cette marge d'appréciation doit cependant être limitée et il me semble que l'approche de la Commission est correcte, compte tenu, notamment, du principe de base que j'ai dégagé comme point de départ pour l'analyse. Pour l'essentiel, cette approche est la suivante. Toute exception ou limitation doit conserver sa nature d'exception ou de limitation. Lorsque de telles exceptions ou limitations s'appliquent, et dans les limites de cette application, les titulaires de droits ne sont plus dans une situation juridique qui leur permet d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres ou demander réparation pour des actes de reproduction non autorisés. Lorsqu'une compensation équitable n'est pas exigée ou prévue, le raisonnement s'arrête là. En revanche, lorsqu'une compensation équitable est prévue (soit parce qu'elle est imposée par la directive, soit parce que l'État membre a opté pour une telle compensation), il est autorisé aux États membres de prévoir que les titulaires de droits peuvent soit renoncer à réclamer toute compensation équitable, soit mettre à disposition leurs œuvres à des fins de reproduction dans le cadre d'un accord contractuel (au moyen, par exemple, d'une augmentation appropriée du tarif de base) qui leur permette de recevoir une compensation équitable en contrepartie des reproductions effectuées à l'avenir par les acquéreurs de ces œuvres.

62 — Voir supra, point 9.

121. Il est clair que les titulaires de droits qui optent pour l'une ou l'autre de ces solutions ne peuvent pas prétendre à un paiement financé par une redevance telle que celle en cause au principal et que la redevance doit être calculée de manière à fournir une compensation équitable aux seuls titulaires de droits qui n'ont pas opté pour de telles solutions. De même, tout accord contractuel conclu entre les titulaires de droits et les acquéreurs des œuvres ne doit ni restreindre les droits dont les acquéreurs jouissent en vertu d'une exception ou d'une limitation en vigueur ni comporter de versement qui excède la «compensation équitable» visée par la directive.

*Première question: application ratione temporis de la directive*

122. Il reste à examiner dans quelle mesure l'interprétation de la directive doit être prise en compte au cours de la période pertinente pour les litiges au principal.

123. Il ressort des dossiers que ces litiges concernent des appareils commercialisés entre le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et le 31 décembre 2007.

124. La directive n'a été publiée et n'est entrée en vigueur que le 22 juin 2001. Elle ne saurait donc influencer l'interprétation du droit national en ce qui concerne les événements survenus avant cette date.

125. Les États membres étaient tenus de mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 22 décembre 2002. Il apparaît cependant que la République fédérale d'Allemagne n'a achevé le processus de transposition que le 13 septembre 2003<sup>63</sup>.

126. Néanmoins, en appliquant le droit interne, les juridictions nationales sont tenues de l'interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive concernée pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi au troisième alinéa de l'article 288 TFUE<sup>64</sup>. Cette obligation ne s'applique cependant qu'après l'expiration de la période de transposition de la directive<sup>65</sup>. Jusqu'à cette date et à partir de la date d'entrée en vigueur de la directive, la seule exigence est que les juridictions des États membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible de toute interprétation qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par la directive<sup>66</sup>. Par ailleurs, non seulement les dispositions nationales dont l'objectif exprès est de transposer une directive, mais également, à compter de la date d'entrée en vigueur de ladite directive, les dispositions nationales préexistantes susceptibles d'assurer la conformité du droit national à celle-ci peuvent être considérées comme relevant du champ d'application de la directive<sup>67</sup>.

127. Il s'ensuit que toute disposition pertinente de droit national doit être interprétée conformément à la directive à compter du 22 décembre 2002. S'agissant de la période située entre le 22 juin 2001 et le 22 décembre 2002, une telle interprétation ne s'impose pas pour autant que la réalisation ultérieure de l'objectif poursuivi par la directive ne soit pas sérieusement compromise – étant entendu, toutefois, qu'aucun principe général ni aucune disposition du droit de l'Union n'empêche une juridiction nationale d'interpréter son droit interne conformément à une directive avant l'expiration du délai de transposition.

63 — Voir supra, note 18.

64 — Voir, récemment, arrêt du 24 mai 2012, Amia (C-97/11, point 28).

65 — Arrêt du 4 juillet 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Rec. p. I-6057, points 113 à 115).

66 — Ibidem (point 123). Voir, également, arrêt du 23 avril 2009, VTB-VAB et Galatea (C-261/07 et C-299/07, Rec. p. I-2949, point 39).

67 — Arrêt VTB-VAB et Galatea, précité en note 66 (point 35).

128. Cela implique notamment que, lorsqu'un État membre a prévu une exception ou une limitation au droit de reproduction conformément à l'article 5, paragraphe 2, sous a) et/ou sous b), de la directive, il est tenu de s'assurer que les titulaires de droits recevront une compensation équitable pour tout événement pertinent ayant eu lieu après le 22 décembre 2002, mais, en principe, pas nécessairement avant cette date.

129. Il ressort cependant de l'article 10, paragraphe 2, de la directive que cette dernière s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 22 décembre 2002. Il s'agit là d'une règle spécifique qui semble s'opposer à ce que le droit national soit interprété conformément à la directive lorsqu'une telle interprétation affecterait les «actes conclus» avant cette date.

130. Il n'est pas évident de comprendre d'emblée ce que recouvre l'expression «actes conclus» lorsque la compensation équitable prend la forme d'une redevance prélevée sur la vente d'appareils destinés à effectuer des reproductions plutôt que sur les actes de reproduction eux-mêmes. La grande majorité des appareils commercialisés entre le 22 juin 2001 et le 22 décembre 2002 auront été en mesure d'effectuer et auront effectué des reproductions après le 22 décembre 2002<sup>68</sup>.

131. Au cours de l'audience, la Commission a exposé à la Cour la genèse de la directive.

132. Que ce soit dans la version initiale ou modifiée de la proposition de directive (le Comité économique et social européen et le Parlement n'ayant émis aucun commentaire sur les dispositions litigieuses), l'article 9, paragraphes 2 à 4, était libellé comme suit:

«2. La présente directive s'applique sans préjudice de tout acte d'exploitation accompli avant [le délai de transposition de la directive].

3. La présente directive n'affecte pas les contrats conclus ou les droits acquis avant sa date d'entrée en vigueur.

4. Nonobstant le paragraphe 3, les contrats relatifs à l'exploitation d'œuvres et autres objets protégés similaires qui sont en vigueur à la [fin du délai de transposition] sont régis par la présente directive cinq ans après son entrée en vigueur s'ils ne sont pas venus à expiration avant cette date.»

133. L'exposé des motifs de la proposition initiale était libellé comme suit:

«2. Le paragraphe 2 renvoie à un principe général en vertu duquel la directive n'a pas d'effet rétroactif et ne s'applique pas aux actes d'exploitation d'œuvres et autres objets protégés accomplis avant la date à laquelle la directive doit être transposée par les États membres [...].

3. Les paragraphes 3 et 4 posent un autre principe général, selon lequel les contrats conclus et les droits acquis avant que les parties n'aient pu avoir connaissance de l'adoption de la directive ne sont pas affectés par cette dernière, ce qui a pour effet d'exclure certains 'vieux contrats' du champ d'application de la directive [...].»

68 — Plusieurs parties à la procédure devant la Cour ont indiqué que les imprimantes et les ordinateurs personnels ont un cycle de vie standard de trois à quatre ans. Il serait possible de tenir le même type de raisonnement (avec, le cas échéant, un cycle de vie différent) lorsque des redevances sont prélevées, avant toute reproduction, sur la vente de supports d'enregistrement vierges en vue de compenser équitablement les reproductions d'œuvres audio ou audiovisuelles.

134. La formulation adoptée dans la version finale de la directive reflète la position commune du Conseil du 28 septembre 2000. À cet égard, le Conseil indiquait: «À l'article 10, le Conseil a préféré réunir une partie de l'article 9, paragraphe 3, de la proposition modifiée de la Commission avec le paragraphe 2 et supprimer le reste du paragraphe 3 ainsi que l'ensemble du paragraphe 4, étant donné qu'il a été estimé que les questions d'interprétation des contrats devaient plutôt relever du droit national»<sup>69</sup>.

135. Il semble donc clair que l'intention du législateur de l'Union lors de l'adoption de l'article 10, paragraphe 2, de la directive était d'empêcher que ladite directive n'affecte les actes d'exploitation (c'est-à-dire, en l'espèce, les actes de reproduction) effectués avant le 22 décembre 2002.

136. Il est en outre nécessaire de tenir compte du fait que la compensation équitable prend, en Allemagne, la forme d'une redevance sur la vente d'appareils capables d'effectuer des reproductions pendant plusieurs années et qu'un tel système de redevance s'appliquait déjà dans ce pays avant l'entrée en vigueur de la directive; de même, il convient de tenir compte de la jurisprudence de la Cour qui exclut toute interprétation qui puisse, pendant la durée du délai de transposition, sérieusement compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi après l'expiration dudit délai. Il me semble, par conséquent, que l'interprétation la plus logique est celle selon laquelle, à compter de l'entrée en vigueur de la directive le 22 juin 2001, la législation nationale relative à la compensation équitable doit être interprétée en tenant compte de ladite directive de manière à assurer que l'objectif consistant à prévoir une compensation équitable pour les actes de reproduction effectués à compter du 22 décembre 2002 n'est pas sérieusement compromis par la manière dont une redevance destinée à fournir aux auteurs une compensation équitable était prélevée sur la vente d'appareils avant cette date; la directive ne concerne cependant pas les actes de reproduction effectués avant le 22 décembre 2002.

## Conclusion

137. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions du Bundesgerichtshof de la manière suivante:

- «– Dans le cadre de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2001/29/CE 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, il convient d'interpréter l'expression 'reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire au moyen de toute technique photographique ou de tout autre procédé ayant des effets similaires' en ce sens que seules les reproductions d'originaux analogiques dont l'image est capturée par des moyens optiques sont couvertes par cette disposition. Ladite expression englobe les reproductions effectuées au moyen de procédés dans lesquels l'image numérique est enregistrée, au cours d'une étape intermédiaire, sur un ordinateur ou un dispositif mémoriel, à condition que l'ensemble du procédé soit effectué par la même personne et/ou dans le cadre d'une opération unique.
- Lorsqu'un État membre a prévu, en application de l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de la directive 2001/29, une exception ou une limitation au droit de reproduction visé à l'article 2 de ladite directive et qu'une compensation équitable due pour les reproductions analogiques au titre de cette exception ou limitation est prélevée sous forme de redevance sur les appareils capables d'effectuer de telles reproductions, une juridiction nationale qui souhaiterait déterminer si une telle redevance est compatible avec le principe d'égalité de traitement dans le cas où les reproductions sont effectuées à l'aide d'une chaîne de plusieurs appareils reliés entre eux devrait analyser le mode de calcul de la redevance prélevée sur les photocopieurs et examiner dans quelle mesure ce calcul peut être transposé à une telle chaîne. Elle devrait examiner si

69 — Point 51 de l'exposé des motifs.

l'application de la redevance à une telle chaîne ou bien à certains des appareils composant la chaîne assure un juste équilibre entre les droits et intérêts des utilisateurs et des titulaires de droits. Elle devrait notamment vérifier qu'il n'existe aucune discrimination injustifiée, non seulement entre les importateurs ou distributeurs d'appareils (y compris d'autres appareils présentant des fonctions similaires), mais également entre les acquéreurs de différents types d'appareil, ceux-ci supportant en définitive la charge de la redevance.

- L'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 permet aux États membres de déterminer si et dans quelle mesure une compensation équitable doit être versée lorsque des mesures techniques ne sont pas appliquées par le titulaire de droits malgré leur disponibilité.
- Lorsqu'un État membre a prévu, conformément à l'article 5, paragraphes 2 ou 3, de la directive 2001/29, une exception ou une limitation au droit de reproduction visé à l'article 2 de ladite directive, les titulaires de droits ne peuvent plus exercer le moindre contrôle sur les reproductions en autorisant ou en refusant la reproduction de leurs œuvres. Lorsqu'ils prévoient une compensation équitable dans un tel cas, les États membres peuvent néanmoins permettre aux titulaires de droits soit de renoncer à réclamer la compensation équitable, soit de mettre leurs œuvres à disposition dans le cadre d'un accord contractuel qui leur permette d'obtenir une compensation équitable pour toute reproduction future. Dans chacun de ces deux derniers cas, le droit à compensation équitable du titulaire doit être considéré comme étant épuisé et ne doit pas être pris en compte pour calculer le financement du régime général de la compensation équitable.
- Lors de l'interprétation d'une législation nationale prévoyant une compensation équitable, la directive 2001/29 doit être prise en compte à partir de sa date d'entrée en vigueur (22 juin 2001) de manière à assurer que l'objectif consistant à prévoir une compensation équitable pour les actes de reproduction effectués à compter du 22 décembre 2002 n'a pas été sérieusement compromis par la manière dont une éventuelle redevance destinée à fournir aux auteurs une compensation équitable était prélevée sur la vente d'appareils avant cette date. La directive 2001/29 ne concerne cependant pas les actes de reproduction effectués avant le 22 décembre 2002.»