CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME ELEANOR SHARPSTON
présentées le 4 avril 2006 [1]

1. Par les deux recours qu'elle a introduits contre la République portugaise en application de l'article 226 CE, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater [2] que la République portugaise n'a pas correctement mis en œuvre les dispositions combinées des articles 2, 4 et 5 (lus en combinaison avec l'article 1er) de la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle [3] (ci-après la «directive»).

La directive

2. La directive a été adoptée sur le fondement, notamment, de l'article 95 CE. Elle vise à éliminer les différences existant dans la protection juridique accordée par les États membres aux œuvres couvertes par le droit d'auteur et aux objets protégés par des droits voisins [4] en matière de location et de prêt [5]. Elle se limite volontairement à établir que les États membres prévoient des droits de location et de prêt pour certains groupes de titulaires et à établir les droits de fixation [6], de reproduction, de distribution, de radiodiffusion et de communication au public pour certains groupes de titulaires dans le domaine de la protection des droits voisins [7]. Le chapitre I de la directive, sur lequel porte le présent recours, établit des droits de location et de prêt conformément au premier de ces objectifs.

1 — Langue originale: l'anglais.

2 — Dans l'affaire C-53/05, la violation alléguée concerne l'article 5 lu en combinaison avec l'article 1er, et dans l'affaire C-61/05, la violation alléguée concerne les articles 2 et 4.

3 — JO L 346, p. 61.

4 — Dans le contexte du droit communautaire, le droit d'auteur comprend les droits exclusifs accordés aux auteurs, compositeurs, artistes etc., tandis que les droits voisins couvrent des droits analogues accordés aux artistes interprètes ou exécutants (musiciens, acteurs, etc.) et exploitants (éditeurs, producteurs de films, etc.). Par souci de concision, je me référerai simplement aux «œuvres protégées par le droit d'auteur» par préférence à l'expression plus lourde employée dans la directive, à savoir les «œuvres protégées par le droit d'auteur et les objets protégés par des droits voisins», étant donné que la distinction n'emporte pas de conséquences dans la présente affaire.

5 — Premier considérant du préambule.

6 — Cette expression un peu maladroite en anglais, qui revient hélas comme un leitmotiv dans toute la législation d'harmonisation communautaire du droit d'auteur (et même dans les conventions internationales), semble ne rien signifier d'autre que l'enregistrement.

7 — Onzième considérant du préambule.

3. Dans le préambule de la directive figurent les considérants suivants:

[Considérant]

«[1] que la protection juridique que la législation et les usages des États membres assurent aux œuvres couvertes par le droit d'auteur et aux objets protégés par des droits voisins diffère en matière de location et de prêt et que ces différences sont de nature à créer des entraves aux échanges, à provoquer des distorsions de concurrence et à nuire à la réalisation et au bon fonctionnement du marché intérieur;

[2] que ces différences en matière de protection juridique risquent de se creuser à mesure que les États membres adoptent des dispositions législatives nouvelles et différentes ou parce que les jurisprudences nationales interprétant ces dispositions évolueront différemment;

[3] qu'il y a lieu d'éliminer ces différences, conformément à l'objectif énoncé à l'article 8 A du traité, qui est d'instaurer un espace sans frontières intérieures, de façon à établir, conformément à l'article 3 point f) du traité, un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun;

[4] que la location et le prêt d'œuvres, couvertes par le droit d'auteur, et d'objets protégés par des droits voisins revêtent une importance croissante, en particulier pour les auteurs, les artistes et les producteurs de phonogrammes et de films, [...];

[...]

[7] que la continuité du travail créateur et artistique des auteurs, artistes interprètes ou exécutants exige que ceux-ci perçoivent un revenu approprié et que les investissements, en particulier ceux qu'exige la production de phonogrammes et de films, sont extrêmement élevés et aléatoires; que seule une protection juridique appropriée des titulaires de droits concernés permet de garantir efficacement la possibilité de percevoir ce revenu et d'amortir ces investissements;

[...]

[15] qu'il est nécessaire d'introduire un régime qui assure une rémunération équitable, à laquelle il ne peut être renoncé, aux auteurs et aux artistes interprètes ou exécutants [...];

[...]

[17] que cette rémunération équitable doit tenir compte de l'importance de la contribution apportée au phonogramme et au film par les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants concernés;

[18] qu'il est nécessaire aussi de protéger au moins les droits des auteurs à l'égard du prêt public en prévoyant un régime spécial [...]».

4. L'article 1er, paragraphe 1, dispose que les États membres prévoient le droit d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt d'originaux et de copies d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

5. L'article 1er, paragraphe 2, définit la «location» d'objets comme «leur mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect». L'article 1er, paragraphe 3, définit le «prêt» d'objets comme «leur mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et non pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect, lorsqu'elle est effectuée par des établissements accessibles au public».

6. L'article 2, paragraphe 1, dispose que:

«Le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location et le prêt appartient:

— à l'auteur, en ce qui concerne l'original et les copies de son œuvre,

— à l'artiste interprète ou exécutant, en ce qui concerne les fixations de son exécution,

— au producteur de phonogrammes, en ce qui concerne ses phonogrammes

et

— au producteur de la première fixation, en ce qui concerne l'original et les copies de son film. Aux fins de la présente directive le terme 'film' désigne une œuvre cinématographique ou audiovisuelle ou séquence animée d'images, accompagnées ou non de son.»

7. L'article 2, paragraphe 2, dispose que le réalisateur principal d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle doit être considéré comme l'auteur ou un des auteurs.

8. L'article 2, paragraphe 4, dispose que les droits visés au paragraphe 1 de ce même article peuvent être transférés, cédés ou donnés en licence contractuelle.

9. L'article 4 dispose, pour ce qui nous intéresse ici, que:

«1. Lorsqu'un auteur ou un artiste interprète ou exécutant a transféré ou cédé son droit de location en ce qui concerne un phonogramme ou l'original ou une copie d'un film à un producteur de phonogrammes ou de films, il conserve le droit d'obtenir une rémunération équitable au titre de la location.

2. Le droit d'obtenir une rémunération équitable au titre de la location ne peut pas faire l'objet d'une renonciation de la part des auteurs ou artistes interprètes ou exécutants.

[...]

4. Les États membres peuvent réglementer la question [...] de savoir auprès de qui cette rémunération peut être réclamée ou perçue.»

10. L'article 5 dispose, pour ce qui nous intéresse ici, que:

«1. Les États membres peuvent déroger au droit exclusif prévu à l'article 1^er pour le prêt public, à condition que les auteurs au moins obtiennent une rémunération au titre de ce prêt. Ils ont la faculté de fixer cette rémunération en tenant compte de leurs objectifs de promotion culturelle.

[...]

3. Les États membres peuvent exempter certaines catégories d'établissements du paiement de la rémunération prévue [au paragraphe 1].»

11. L'article 15, paragraphe 1, de la directive imposait aux États membres de mettre en œuvre la directive avant le 1^er juillet 1994.

Le droit national applicable

12. La République portugaise a entendu mettre en œuvre la directive par le décret-loi n° 332/97, du 27 novembre 1997.

13. L'article 5 de cette disposition législative prévoit que:

«1. Lorsque l'auteur transfère ou cède ses droits de location en ce qui concerne un phonogramme, un vidéogramme ou l'original ou une copie d'un film à un producteur de phonogrammes ou de films, il conserve un droit inaliénable à obtenir une rémunération équitable au titre de la location.

2. Pour l'application du paragraphe 1, le producteur est responsable du paiement de la rémunération laquelle, en l'absence d'accord entre les parties, est fixée par arbitrage et conformément à la loi.»

14. L'article 6, paragraphe 1, dispose que l'auteur a droit à une rémunération en cas de prêt public de l'original ou de copies de son œuvre.

15. L'article 6, paragraphe 3, dispose que:

«Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux bibliothèques publiques, scolaires et universitaires, aux musées, aux archives publiques, fondations publiques et institutions privées sans but lucratif.»

16. L'article 7, paragraphe 2, attribue des droits de location et de prêt:

«— à l'artiste interprète ou exécutant, en ce qui concerne les fixations de son exécution,

— au producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, en ce qui concerne ses phonogrammes ou ses vidéogrammes, et

— au producteur de la première fixation d'un film, en ce qui concerne l'original et les copies de son film.»

17. L'article 7, paragraphe 4, définit le «film» comme «une œuvre cinématographique ou audiovisuelle, et toute séquence animée d'images, accompagnées ou non de son».

Affaire C-61/05: la violation alléguée de l'article 2

18. La Commission affirme que l'article 7 du décret-loi n° 332/97 a pour effet que le producteur de la première fixation d'un film ne peut pas nécessairement autoriser ou interdire la location de copies de son film, y compris des vidéogrammes ou des enregistrements sur DVD de ce film; il est certain qu'il n'a pas le droit exclusif de le faire, comme l'exige l'article 2, paragraphe 1, de la directive [8].

19. La République portugaise soutient que la liste figurant à l'article 2, paragraphe 1, n'est pas exhaustive et que la définition vague du terme «film» qui figure dans cette disposition pourrait avoir pour effet que le producteur de la première fixation d'un film soit lui-même le producteur de copies du film et qu'il puisse aussi céder des droits sur l'original et les copies, ou seulement sur des copies, à une autre personne — le producteur du vidéogramme. Le droit portugais place les producteurs de vidéogrammes et les producteurs de phonogrammes sur un pied d'égalité.

20. À mon sens, le recours engagé par la Commission est bien fondé, dans la mesure où il invoque une violation de l'article 2 de la directive.

21. Premièrement, si j'accepte que la liste qui figure à l'article 2, paragraphe 1, de la directive ne soit pas nécessairement totalement exhaustive, cela ne signifie pas qu'un État membre puisse y ajouter n'importe quelle catégorie de titulaires de droits. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt Warner Brothers et Metronome Video [9], la faculté d'interdire ces locations dans un État membre est de nature à influencer le commerce des vidéogrammes dans un État membre et, partant, à affecter indirectement les échanges intracommunautaires de ces produits. L'objectif de la directive, comme cela ressort clairement de son préambule, est d'éliminer les différences dans la protection juridique des œuvres couvertes par le droit d'auteur en matière de location et de prêt dans le but de réduire les entraves aux échanges et les distorsions de concurrence. Cet objectif ne serait manifestement pas

8 — La Commission se réfère aussi aux définitions du «vidéogramme» et du «producteur de vidéogrammes» de l'article 176, alinéa 3, du code portugais du droit d'auteur et des droits voisins. Cette disposition ne semble cependant rien ajouter à l'analyse. Je n'ai par conséquent pas l'intention de la prendre en compte.

9 — Arrêt du 17 mai 1988 (158/86, Rec. p. 2605, point 10).

atteint si plusieurs États membres étaient libres de conférer le droit de contrôler la location de vidéogrammes à différentes catégories de personnes.

22. Cette interprétation est de plus cohérente avec les travaux préparatoires de la directive. L'exposé des motifs de la première proposition de directive [10] indique que, si l'article 2, paragraphe 1, (qui est ressorti du processus législatif pratiquement inchangé) «couvre tous les principaux groupes de titulaires de droits dont les œuvres et les objets protégés font l'objet d'un prêt», sa rédaction «n'empêche pas les États membres d'étendre les droits de location et de prêt à d'autres groupes de titulaires de droits tels que les titulaires de droit pour des photographies simples» [11]. La Commission a ajouté, cependant, que, «étant donné que ces questions sont de moindre importance sur le plan économique en ce qui concerne la location et le prêt, elles ne remettent pas en cause les effets de l'harmonisation» [12]. Ce n'est évidemment pas le cas en ce qui concerne la location de vidéogrammes. L'exposé des motifs précise aussi [13] en ce qui concerne l'article 2, paragraphe 1, que «[la limitation aux 'premières fixations'] aura notamment pour effet d'exclure du champ de la protection les producteurs de simples copies de films. Ceci s'appliquera, par exemple, aux copies des films cinématographiques qui sont adaptées aux fins d'une distribution sous forme de vidéocassettes».

23. Deuxièmement, l'article 2, paragraphe 1, attribue expressément un droit exclusif de contrôler la location au producteur de la première fixation, en ce qui concerne l'original et les copies de son film. Si le producteur d'un vidéogramme de ce film se voit aussi attribuer le droit de contrôler la location de ce vidéogramme, le droit du producteur du film n'est manifestement plus exclusif.

24. Troisièmement, le droit que la République portugaise a attribué aux producteurs de vidéogrammes n'ajoute pas «simplement» une catégorie supplémentaire de titulaires de droits à la liste qui figure à l'article 2, paragraphe 1, de la directive. Au contraire, les droits qu'elle a conférés amputent, et en réalité remettent en cause, les droits exclusifs spécifiques visés par l'article 2, paragraphe 1.

25. Quatrièmement, il ressort du préambule (dans lequel, on pourrait ajouter, les producteurs de vidéogrammes, à la différence

10 — Proposition de directive du Conseil relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins, du 24 janvier 1991 [COM(90) 586 final].

11 — Points 2.1.3 et 2.1.4.

12 — Point 2.1.4. L'ouvrage de Reinbothe, J., et von Lewinski, S., *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy* (1993), laisse entendre qu'en principe la liste de l'article 2, paragraphe 1, est bien exhaustive, mais précise «qu'il semble que la Commission et les États membres aient partagé l'idée que la directive ne visait pas, en ce qui concerne les systèmes de droit de prêt public existants, à abolir les droits existants de certains groupes de titulaires, notamment lorsque les affaires en question avaient une importance économique mineure. Par conséquent, les droits voisins existants des photographes, des rédacteurs scientifiques et des éditeurs en ce qui concerne le prêt pourraient être maintenus» (p. 50).

13 — Au point 2.1.2.2. Voir aussi Reinbothe et von Lewinski, op. cit. note 12, p. 48 à 50.

des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des producteurs de films, brillent par leur absence [14]) que la raison justifiant la protection des droits de location des producteurs de phonogrammes et de films est de garantir l'amortissement des investissements extrêmement élevés et aléatoires qui sont requis [15]. Il n'est pas suggéré que de tels investissements «particulièrement élevés et aléatoires» sont nécessaires pour la production de vidéogrammes.

26. Au contraire, la Cour a reconnu l'«extrême facilité avec laquelle des enregistrements peuvent être copiés» [16]. Bien que cette affirmation ait été faite dans le contexte des enregistrements sonores, elle est également exacte en ce qui concerne les enregistrements vidéo.

14 — Ils n'apparaissent pas non plus à l'article 14 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, qui figure à l'annexe 1 C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce; approuvé au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, 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, ci-après l'«accord ADPIC») [article intitulé «Protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes (enregistrements sonores) et des organismes de radiodiffusion»] ni dans 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 (JO, L 167, p. 10), qui impose aux États membres de prévoir le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction pour cinq catégories de titulaires — les quatre premières reflètent la liste de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 92/100 et la cinquième concerne les organismes de radiodiffusion.

15 — Voir aussi arrêt du 28 avril 1998, Metronome Musik (C-200/96, Rec. p. I-1953, notamment points 24 et 25).

16 — Arrêt Metronome Musik, précité à la note 15, point 24.

27. J'en conclus donc que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 2 de la directive.

Affaire C-61/05: la violation alléguée de l'article 4

28. La Commission affirme que, puisque l'article 7, paragraphe 4, du décret-loi n° 332/97 définit le «film» de manière à y inclure les vidéogrammes, un producteur de vidéogrammes pourrait aussi répondre à la définition du producteur de films au sens de l'article 5, paragraphe 2, du décret-loi. Il y a donc deux personnes qui répondent à cette définition et qui pourraient par conséquent être tenues au paiement de la rémunération de la location. Cela a abouti à une confusion qui empêche les artistes interprètes et exécutants portugais de percevoir la rémunération à laquelle ils ont droit, étant donné qu'ils ignorent qui est le «producteur» à qui il revient de les payer. La directive est, au contraire, claire: seul le producteur de la première fixation d'un film est tenu au paiement.

29. La République portugaise réplique qu'en principe, et en l'absence de la preuve du contraire, le droit à rémunération incombe au producteur de la première fixation du film. Toute ambiguïté ne découle pas seulement de la législation portugaise, mais aussi de la directive elle-même. La définition du «film» donnée à l'article 2, paragraphe 1,

semble couvrir non seulement l'œuvre cinématographique (et conférer des droits au producteur de la première fixation), mais aussi l'œuvre fixée sur un vidéogramme (et conférer des droits au producteur de ce vidéogramme).

30. J'ai déjà expliqué la raison pour laquelle je ne considère pas que l'article 2, paragraphe 1, peut être interprété comme autorisant les États membres à ajouter les producteurs de vidéogrammes aux catégories de titulaires de droits qui y sont énumérés.

31. L'article 4 a été introduit de façon à garantir que les auteurs [par exemple, le réalisateur d'un film (voir l'article 2, paragraphe 2, de la directive), l'auteur d'un roman sur lequel un film est basé ou le compositeur de la musique de la bande originale] et les artistes interprètes ou exécutants bénéficient des droits de location qui leur sont conférés par la directive. En l'absence de disposition expresse, cela ne serait souvent pas le cas, étant donné que les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants cèdent fréquemment leurs droits au producteur du film ou du phonogramme; et l'article 2, paragraphe 4, le reconnaît en effet. En l'absence de rémunération en contrepartie de cette cession, le droit de location n'aurait aucune valeur. Les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants ayant généralement un pouvoir de négociation bien moindre que celui des producteurs de films et de phonogrammes, ils ne recevaient pas toujours une rémunération équitable en contrepartie de la cession de leurs droits. L'article 4 vise à garantir qu'ils reçoivent une rémunération équitable [17]. Il ressort clairement de son libellé qu'il vise le cas où le cessionnaire de droits de location relatifs à un original ou à une copie de film est le producteur de film.

32. La République portugaise reconnaît que sa législation de transposition est ambiguë. Alors que l'article 4, paragraphe 4, autorise les États membres à décider qui sera tenu de payer la rémunération, le principe de la sécurité juridique exige que l'identité du redevable soit clairement établie. À mon sens, la législation de transposition n'est pas suffisamment précise. Je considère par conséquent que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 4 de la directive.

Affaire C-53/05: la violation alléguée de l'article 5

33. La Commission affirme que l'article 5, paragraphe 3, de la directive autorise les États membres à exempter «certaines catégories» d'établissements du paiement de la rémunération normalement garantie par l'article 5, paragraphe 1, en contrepartie de la dérogation au droit de prêt exclusif

17 — Exposé des motifs de la proposition de directive, cité à la note 10, point 3.1.1.

conféré par l'article 1er. L'article 6, paragraphe 3, du décret-loi nº 332/97 exempte cependant toutes les bibliothèques publiques, scolaires ou universitaires, tous les musées et archives publiques, toutes les fondations publiques et toutes les institutions privées sans but lucratif. La dérogation couvre ainsi tous les services de l'administration centrale de l'État, tous les organismes relevant de l'administration étatique indirecte, comme les établissements publics et les associations publiques, ainsi que tous les services et organismes de l'administration décentralisée et des collectivités locales, auxquels il faut ajouter toutes les personnes morales de droit privé qui exercent des fonctions à caractère public, et même les écoles et universités privées, ainsi que toutes les institutions privées sans but lucratif. Cette liste comprend tous les organismes qui prêtent à titre gratuit, et donc tous les organismes impliqués dans l'activité de «prêt» au sens de l'article 1er, paragraphe 3. Une exemption qui exempte tout le monde n'est pas une exemption, mais une annulation de l'obligation sous-jacente. La transposition par la République portugaise de l'article 5 de la directive a pour effet qu'aucun établissement de prêt public n'est tenu au paiement de la rémunération prévue à l'article 5, paragraphe 1. Cela porte atteinte au droit de prêt exclusif et à la protection élargie que confère la directive.

34. Je considère que le recours engagé par la Commission dans l'affaire C-53/05 est bien fondé. À mon sens, il découle clairement des objectifs poursuivis par la directive, ainsi que de la structure et du libellé de l'article 5, paragraphe 3, qu'un État membre n'est pas libre d'exempter en pratique toutes les catégories d'établissements visées dans ce texte.

35. L'un des objectifs principaux de la directive est de garantir un revenu approprié au travail créatif des auteurs [18]. Conformément à cet objectif, l'article 5, paragraphe 1, exige que les auteurs soient quand même rémunérés au titre du prêt de leurs œuvres lorsqu'un État membre a dérogé à leur droit exclusif d'autoriser ou d'interdire un tel prêt. Ainsi, bien que l'article 5, paragraphe 1, soit présenté comme une dérogation, il constitue en réalité l'exigence première de toute la directive, à savoir que les auteurs soient rémunérés, conformément aux articles 1er et 2 de la directive.

36. L'article 5, paragraphe 3, prévoit une réelle dérogation à cette exigence de rémunération, en permettant aux États membres d'exempter «certaines catégories d'établissements» du paiement de la rémunération. En tant que telle, elle doit être interprétée restrictivement. Le libellé de l'article 5, paragraphe 3, suggère fortement que seul un nombre limité de catégories d'établissements [19] potentiellement tenus de

18 — Voir septième considérant du préambule, cité au point 3 ci-dessus.

19 — Il semble que l'article 5, paragraphe 3, ait été ajouté afin de répondre au désir de deux États membres de conserver la faculté d'exonérer les bibliothèques des établissements d'éducation et les bibliothèques publiques de l'obligation de payer au titre du droit de prêt public: voir Reinbothe et von Lewinski, op. cit., p. 82.

payer la rémunération en application de l'article 5, paragraphe 1, sont susceptibles d'être exemptées de cette obligation. C'est aussi le cas en ce qui concerne au moins les versions allemande, anglaise, espagnole, italienne, néerlandaise et portugaise de la directive [20].

37. Il est vrai que cette position n'est pas dénuée d'ambiguïté, dans la mesure où «certaines» peut signifier «quelques-unes mais pas toutes», aussi bien que «clairement définies». Une disposition législative autorisant les États membres à introduire des mesures spéciales afin de «prévenir 'certains' types de fraude ou d'évasion fiscale» peut difficilement signifier que les États membres ne peuvent pas prévenir tous les types de fraude fiscale [21].

38. La Cour a cependant précisé clairement qu'elle interprétait l'article 5, paragraphe 3, de façon limitée, affirmant que, «si les circonstances prévalant dans l'État membre en question ne permettent pas d'effectuer une distinction valable entre catégories d'établissements, il y a lieu d'imposer à tous les établissements concernés l'obligation de payer la rémunération en question» [22].

39. J'estime, comme la Commission, qu'une exemption d'une obligation qui exempte tous ceux qui y seraient autrement soumis n'est pas une exemption, mais une annulation de l'obligation sous-jacente. Dans le cas présent, la République portugaise ne cherche pas à nier que la portée de son exemption coïncide effectivement avec les catégories d'établissements qui seraient autrement tenues de payer la rémunération. Au lieu de cela, il avance un certain nombre d'arguments qui selon lui valident ses choix législatifs.

40. La République portugaise affirme premièrement que, à la date de la publication de la directive, la plupart des États dans le monde ne réglementaient pas le prêt, ni n'étaient tenus de le faire par les différents traités en vigueur [23]. Le livre vert de la Commission de 1988 [24] ne visait pas à réguler le prêt public.

41. Je ne vois pas bien ce que la République portugaise veut signifier par là. L'article 5,

20 — Respectivement «bestimmte Kategorien», «certain categories», «determinadas categorías», «alcune categorie», «bepaalde categorieën», et «determinadas categorias».

21 — Voir point 17 des conclusions de l'avocat général Jacobs présentées dans l'affaire Italiittica (arrêt du 26 octobre 1995, C-144/94, Rec. p. I-3653).

22 — Arrêt du 16 octobre 2003, Commission/Belgique (C-433/02, Rec. p. I-12191, point 20).

23 — La convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886; la convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes, et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961; le traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur les représentations et les exécutions d'œuvres et les phonogrammes et le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, tous deux du 20 décembre 1996, ainsi que l'accord ADPIC, cité dans la note 14.

24 — Livre vert du 7 juin 1988 sur le droit d'auteur et le défi technologique — Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate [COM(88) 172 final].

paragraphe 1, déroge au droit exclusif d'autoriser ou d'interdire le prêt conféré aux auteurs par l'article 2, paragraphe 1. Ce droit exclusif remonte à la première proposition de directive de la Commission [25]. Le livre vert de 1988 indique en effet qu'il «a été suggéré [...] que la question du prêt ou de la location publics de livres et le droit éventuel de l'auteur à percevoir une rémunération pour cet usage de son œuvre est une question qui appelle une solution au niveau communautaire» [26], même si en fait la Commission avait décidé à ce stade qu'une action communautaire ne serait pas justifiée [27]. L'idée de légiférer pour établir un droit de prêt public a émergé à nouveau en 1989 dans une communication de la Commission [28]. Bien qu'à ce stade la Commission n'ait pas estimé que l'harmonisation des législations était justifiée, elle a déclaré que «le problème du droit de prêt public est voué à devenir de plus en plus sensible» et qu'elle surveillerait les développements en la matière et, si approprié, ferait des propositions.

42. Il semble donc que, même s'il n'existait, à cette époque, aucune réglementation, communautaire (ou internationale [29]), en vigueur ou à l'étude, il était de notoriété publique à compter de 1988 qu'une législation devait intervenir dans le futur. Ainsi, la disposition contenue dans la première proposition de droit de prêt exclusif pour les auteurs faite par la Commission n'est pas arrivée à l'improviste, comme la République portugaise semble le suggérer.

43. Deuxièmement, la République portugaise affirme qu'il est peu probable que le prêt public ait une importance économique suffisante pour mériter un traitement législatif spécifique au niveau communautaire: le marché est essentiellement national et économiquement insignifiant. Pour des raisons culturelles et économiques, ce domaine devrait demeurer de la compétence des États membres.

44. Dans la mesure où ces affirmations constituent un moyen selon lequel la directive, ou son article 5, aurait été adoptée sur une base juridique incorrecte ou en violation du principe de subsidiarité, ce moyen ne saurait bien entendu être accueilli [30].

25 — Voir note 10.

26 — Point 4.4.4. Ces suggestions remontent apparemment à 1977 («L'action communautaire dans le secteur culturel», *Bulletin des Communautés européennes*, supplément 6/77, paragraphe 26) et à 1978 (Dietz, A., *Copyright Law in the European Community*, paragraphe 233); voir note 19 du chapitre 4 du livre vert cité note 24.

27 — Point 4.4.10.

28 — Le livre et la lecture: enjeux culturels de l'Europe, communication du 3 août 1989 [COM(89) 258 final, section I.B.3].

29 — Même si en janvier 1991 l'OMPI avait apparemment ajouté un droit de location exclusif et un droit optionnel de prêt public dans son projet de clauses de référence en matière de droit d'auteur alors en cours de discussion: voir exposé des motifs de la proposition de directive, cité note 10.

30 — Voir article 230, cinquième alinéa, CE.

45. En tout état de cause, la République portugaise n'a, à mon sens, pas justifié les arguments qu'elle avance.

46. Dans les travaux préparatoires, la Commission a expliqué de la manière suivante la nécessité économique de réglementer le prêt public [31]:

«Dans la mesure où l'approvisionnement des entreprises de location et celui des bibliothèques publiques sont similaires, ces deux types d'institutions se font donc concurrence. Étant donné la faiblesse du coût des emprunts dans les bibliothèques publiques, celles-ci devraient être de manière générale bien plus attrayantes. De fait, le développement du système de bibliothèques publiques au début de ce siècle a coïncidé avec la quasi-disparition des commerces de location d'ouvrages littéraires qui existaient à l'époque. Or, les bibliothèques publiques prêtent non plus seulement des livres, mais également, et de plus en plus, d'autres supports d'œuvres littéraires et artistiques tels que les phonogrammes et les vidéogrammes, que l'on trouvait principalement, jusqu'à présent, dans les entreprises de location. On ne peut exclure que la location de ces nouveaux supports connaisse la même évolution que celle des livres.

Aussi, en règlementant la seule location, c'est-à-dire en omettant de couvrir le prêt, on prend le risque que cette législation reste sans effet étant donné qu'en pratique les locations seront remplacées par des prêts. [...] Ce serait en outre incompréhensible pour la raison suivante: les bibliothèques publiques possédant, du simple fait de leurs fonctions, un fonds d'une valeur culturelle supérieure aux produits des entreprises de location, le fait de règlementer seulement le droit de location refléterait un désintérêt inexcusable pour la situation économique des créateurs de biens culturels particulièrement précieux et celles des services y afférents. C'est pourquoi la question du droit de location ne peut être traitée dans son entièreté sans que soit abordée aussi celle du droit de prêt.

En outre, le fait que le droit de prêt public n'existe actuellement que dans quatre États membres fausse la concurrence entre les auteurs et titulaires de droits voisins des différents États membres. Ils doivent donc être en mesure de baser leurs activités et services sur des conditions uniformes dans toute la Communauté. Ceux-ci doivent, en principe, jouir de conditions économiques et sociales similaires dans toute la Communauté. On ne peut accepter que, dans le cadre du marché intérieur, les auteurs et titulaires de droits voisins perçoivent régulièrement une rémunération correspondant à

31 — Exposé des motifs de la première proposition de directive, cité note 10.

l'exploitation de leurs œuvres et réalisations dans une partie du marché, par exemple dans un État membre, et qu'ils disposent ainsi de quelques moyens de continuer à créer, et qu'il n'en soit pas de même dans d'autres parties du marché en question» [32].

47. Cet exposé me semble expliquer de manière lucide et convaincante pourquoi l'absence d'un droit de prêt public ainsi que d'un droit de location affecterait le marché intérieur. Rien dans les écritures de la République portugaise ne remet en cause cette explication.

48. Troisièmement, la République portugaise soutient que l'obligation de payer une rémunération au titre du prêt public est inappropriée. Les titulaires concernés ont déjà obtenu une rémunération appropriée au moyen de leurs droits de reproduction et de distribution.

49. Cet argument est cependant fondé sur une conception erronée de la nature et des objectifs du droit de prêt public. S'il est exact que les auteurs auront déjà perçu un revenu de la cession de leurs droits de reproduction et de distribution, ce revenu ne reflétera pas les livres prêtés, mais plutôt les livres vendus [33]. Il est bien entendu exact que chacune des personnes qui emprunte des livres dans une bibliothèque publique (ou qui les consulte sur place) n'achèterait pas, en l'absence de ce service, chacun des livres qu'elle a empruntés; il existe cependant une tendance générale [34]. En tout cas, la directive traduit une décision politique claire de conférer non seulement un droit de prêt exclusif, mais aussi un droit à rémunération lorsque les États membres ont dérogé à ce droit.

50. En dernier lieu, la République portugaise affirme que l'article 5 a fait l'objet de discussions particulièrement vives entre la Commission et les États membres; la rédaction adoptée — notamment celle de l'article 5, paragraphe 3 — résulte d'un compromis: elle est ouverte, imprécise et ambiguë.

51. Le libellé final de l'article 5 reflète effectivement, comme l'affirme la République portugaise, les divisions entre les États membres dans ce domaine [35]. Cela ne signifie

32 — Point 44.

33 — Je donne l'exemple des livres, mais bien entendu le droit de prêt public pourrait s'appliquer aussi aux phonogrammes et aux vidéogrammes qui sont l'enregistrement de représentations ou des copies de films ou d'autres œuvres audiovisuelles (même si les vidéogrammes sont peut-être plus fréquemment loués que prêtés).

34 — Voir, par analogie, point 44 des travaux préparatoires à la proposition de directive (visée à la note 10), cité au point 46 ci-dessus. Voir aussi rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur le droit de prêt public dans l'Union européenne, du 12 septembre 2002 [COM(2002) 502 final, section 2].

35 — Voir Reinbothe et von Lewinski, op. cit., p. 77 à 82.

pas nécessairement cependant qu'il soit vague et imprécis. L'article 5 laisse, il est vrai, une marge de discrétion sur plusieurs points — à savoir décider d'appliquer ou non la dérogation et si, dans ce cas, elle doit couvrir les livres, les phonogrammes et/ou les films, comment déterminer la rémunération, à qui incombera son paiement (par exemple l'État, ou la bibliothèque concernée, ou un autre organisme), qui sera chargé du recouvrement et du versement de la rémunération (des sociétés de gestion collective, par exemple), exempter ou non certaines catégories d'établissements du paiement de la rémunération et, dans ce cas, lesquelles — mais il s'agit d'un autre problème.

52. Il me semble qu'un grand nombre des questions sous-jacentes soulevées par la République portugaise dans sa défense, pour ne pas dire toutes, peuvent en réalité être traitées précisément à travers les domaines dans lesquels l'article 5 laisse effectivement aux États membres une marge d'appréciation. Cette marge d'appréciation ne va cependant pas jusqu'à autoriser que tous les établissements concernés soient totalement exemptés du paiement de la rémunération au titre du prêt public. Comme nous l'avons vu plus haut [36], la signification de l'article 5, et notamment de l'article 5, paragraphe 3, me semble claire.

36 — Voir points 34 à 38 ci-dessus.

53. Je suis par conséquent d'avis que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5, lu en combinaison avec l'article 1er de la directive.

Commentaire final

54. Permettez-moi de conclure avec un commentaire sur le style des observations écrites que la Commission a déposées dans ces deux affaires. Dans chacun des mémoires en réplique qu'elle a déposés, la Commission use d'un langage que je considère comme manifestement déplacé de la part d'une institution s'adressant à la Cour de justice et, de fait, à un État membre. Dans l'affaire C-53/05, la Commission écrit que la République portugaise n'a pas su lire la directive et l'accuse d'avoir commis un acte de piratage en expropriant les auteurs et en confisquant leur propriété intellectuelle. Dans l'affaire C-61/05, la Commission accuse la République portugaise d'effronterie et d'«entourloupe» et se demande si elle sait vraiment lire. Dans ces deux documents, la Commission emploie un ton généralement sarcastique et moqueur. Quels que soient les mérites du recours en manquement, je considère un tel langage et un tel ton inacceptables.

Conclusion

55. Eu égard à ce qui précède, je suggère à la Cour de dire pour droit:

— Dans l'affaire C-53/05, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 5, lu en combinaison avec l'article 1er, de la directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

— Dans l'affaire C-61/05, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2 et 4 de la directive 92/100.

— Dans les deux affaires, condamner la République portugaise aux dépens.