

VERS UN MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE:
GEOBLOCAGE ET PORTABILITÉ TRANSFRONTIÈRE DES SERVICES DE
CONTENU EN LIGNE DANS L'UNION EUROPÉENNE

Gaetano Lapenta*

Le blocage géographique constitue une barrière aux antipodes d'un marché numérique sans frontières. Cet article vise tout d'abord à vérifier si de tels obstacles, motivés principalement par le morcellement du cadre juridique européen actuel, peuvent être justifiés.

L'analyse de la directive services montre qu'il n'est pas possible de qualifier le traitement différencié résultant du géoblocage en tant que discrimination interdite. C'est pourquoi, dans sa stratégie pour la création d'un marché unique numérique, le premier pas de la Commission a été la proposition de règlement visant à assurer la portabilité des services de contenu en ligne. Cependant, cet article met en évidence le manque de précision concernant les définitions de 'présence temporaire' ainsi que d'État membre de résidence', ce qui pourrait rendre le futur règlement concrètement inapplicable.

Geo-blocking constitutes a practice which is contrary to the idea of a digital single market without borders. The purpose of this article is to assess whether such barriers may be justified given the fragmentation of the current European legal framework.

The analysis of the Services Directive demonstrates it is not possible to qualify the differentiated treatment resulting from geo-blocking as an unlawful discrimination. Therefore, in its Digital Single Market Strategy, the Commission's first step was to propose a regulation aimed at ensuring the portability of online content services. However, this article highlights the lack of clarity in regards to the definition of 'temporary presence' and 'Member State of residence', which can result in the concrete inapplicability of said future regulation.

Keywords: géoblocage, discrimination en ligne, marché unique numérique, directive services, portabilité des services de contenu en ligne

* Associate - Shearman & Sterling (Bruxelles), LL.M (Collège d'Europe, Bruges), email: gaetano.lapenta@gmail.com.

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION	136
II. LE GEOBLOCAGE COMME OBSTACLE AU MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE	141
1. <i>Introduction au phénomène du géoblocage</i>	141
2. <i>Les techniques de géoblocage</i>	141
3. <i>Les raisons avancées par les opérateurs afin de justifier les mesures de géoblocage</i>	143
III. LA COMPATIBILITÉ DU GEOBLOCAGE AVEC LE CADRE LÉGISLATIF ACTUEL	155
1. <i>L'Article 20(2) de la Directive Services: Limite à la liberté de discriminer entre des prestataires ?</i>	156
2. <i>Le champ d'application de l'article 20(2) de la Directive Services</i>	157
3. <i>La notion de 'conditions générales d'accès à un service mises à la disposition du public' et les raisons d'un traitement différencié</i>	159
IV. LA PORTABILITÉ TRANSFRONTIÈRE DES SERVICES DE CONTENU EN LIGNE : LE PREMIER PAS VERS UN MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE.....	161
1. <i>À quels services s'appliquerait ce règlement ?</i>	162
2. <i>Comment fonctionnerait le règlement en pratique ?</i>	163
3. <i>Quand s'appliquerait le règlement ?</i>	165
V. CONCLUSIONS	168

I. INTRODUCTION

La création d'un marché commun est à l'origine de la construction européenne. Dans l'idée de Jean Monnet et Robert Schuman, à travers la mise en commun d'intérêts et la réalisation d'une solidarité de fait, le marché aurait amené à une 'union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe'.¹ Toutefois, il ne s'agit pas d'un concept statique, dont la réalisation peut être atteinte une fois pour toutes. Au contraire, c'est un processus qui se réalise

¹ Préambule au Traité sur l'Union européenne (ci-après 'TUE') Version consolidée du Traité sur l'Union Européenne [2012] JO C 362/1.

sur le long terme, une 'réalité dynamique, car il faudra constamment adapter le marché aux mutations rapides de l'économie'.² À l'origine de la construction européenne, les obstacles étaient constitués principalement par des mesures protectionnistes adoptées par les États membres afin d'isoler les opérateurs économiques nationaux de la concurrence internationale. La technologie a provoqué une révolution du marché et changé la nature des obstacles. Elle a, en effet, modifié le système de production et de distribution et réduit les distances entre les hommes.³ Le défi actuel est donc la création d'un marché numérique où les contenus peuvent librement circuler en ligne, sans qu'il y ait de frontières.

L'Union Européenne (ci-après 'UE') a accepté de relever ce défi. En mai 2015, la Commission européenne (ci-après 'la Commission') a lancé une stratégie pour le marché unique numérique,⁴ en en faisant d'ailleurs une priorité du mandat Juncker. Si l'on regarde l'objectif ultime, ce plan d'action rappelle la stratégie originare de création d'un marché intérieur, tout en étant adapté à la période actuelle et aux récents développements technologiques. Au lieu d'éliminer des barrières douanières érigées par les États membres, il s'agit de supprimer les obstacles numériques qui empêchent la libre circulation des contenus en ligne, la finalité étant de passer de 28 marchés nationaux à un seul. Cela passe tout d'abord par l'amélioration de l'accès aux biens et services numériques. Ensuite, la Commission vise à créer 'un environnement propice au développement des réseaux et services numériques' ainsi qu'à maximiser le potentiel de croissance inhérent à l'économie numérique.⁵

Les statistiques démontrent bien qu'il s'agit d'un marché en pleine expansion. Concernant les contenus audiovisuels et musicaux en ligne, qui feront l'objet de la présente étude, les données montrent une croissance continue depuis le début des années 2000. Les achats de produits audiovisuels en ligne ont

² A. Mattera, *Notre européanité: une histoire millénaire, de l'épopée de Marathon à la réunification des peuples de l'Ancien continent* (LGDJ 2014) 354.

³ *ibid* 359.

⁴ Commission européenne, 'Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe' COM(2015) 192 final.

⁵ *ibid*.

augmenté du 46% entre 2004 et 2012.⁶ Pour ce qui est du secteur de la musique, si les achats en ligne représentaient en 2008 10% des achats totaux, en 2012 le marché numérique avait atteint les 29% de tout le marché.⁷ Les consommateurs se sont très vite adaptés à ce développement technologique. Ainsi en 2015, 58% des européens avaient déjà fait un achat en ligne au cours de la dernière année.⁸ Pour sa part, la Commission estime que 'ce marché pourrait générer 415 milliards d'euros par an pour notre économie et créer des centaines de milliers de nouveaux emplois'.⁹

Toutefois, afin de pouvoir développer ce marché et atteindre la plénitude de son potentiel économique, il faudrait supprimer tous les obstacles à la libre circulation. Parmi ceux-ci, le blocage géographique (ci-après 'géoblocage') constitue une barrière aux antipodes d'un marché numérique sans frontières. Dans sa stratégie pour la réalisation du marché unique numérique, la Commission a déclaré vouloir supprimer toute forme de géoblocage non justifiée, puisque ces mesures créent de la frustration pour les consommateurs et une fragmentation du marché.¹⁰ Pour donner un exemple, actuellement il arrive très souvent qu'un consommateur italien ne puisse pas accéder à la version italienne d'un site internet pour télécharger de la musique lorsqu'il se trouve en France. Il pourra accéder seulement à la version française du site, s'il en existe une, avec très probablement un contenu et des prix différents. De la même manière, si ce même consommateur a conclu un abonnement dans son pays de résidence avec un prestataire offrant du contenu audiovisuel en ligne, il ne pourra pas utiliser ce service lorsqu'il se trouve, même temporairement, dans un autre État membre de l'Union, bien

⁶ U. Stenzel, M.H. Sanches Lima et J.J. Downes, 'Study on the Digital Content Products in the EU' (2012) Framework contract: evaluation impact assessment and related services; Lot. 2: Consumer's Policy, Technical report, Brussels.

⁷ G. Langus, D. Neven et S. Poukens, 'Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU' (2014) Study prepared for DG Markt, 30.

⁸ Eurostat http://ec.europa.eu/eurostat/data/database?node_code=isoc_bdek_smi consulté le 22 avril 2016.

⁹ Commission européenne http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_fr consulté le 22 avril 2016.

¹⁰ Commission européenne, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe COM(2015) 192 final 6 (n 4).

qu'il ait payé pour ce service. En résulte, dès lors, une fragmentation du marché européen suivant les frontières nationales.

Malgré l'importance de ce thème, la doctrine juridique ne s'est pas préoccupée du phénomène d'un point de vue scientifique. En effet, les seules analyses existantes sur le géoblocage se concentrent sur l'aspect de la territorialité du droit d'auteur,¹¹ mais, comme nous verrons ensuite, ces dispositions ne sont pas les seules à constituer des barrières à la libre circulation en ligne. Par ailleurs, après la présentation de la 'Stratégie sur le marché unique numérique' en mai 2015,¹² la Commission a reçu de nombreuses interventions de la part des parties prenantes qui seraient touchées par les dispositions envisagées mais ces intervenants s'arrêtent souvent sur des positions de principe dictées par leurs intérêts particuliers.¹³ L'étude apparaît complexe car des considérations juridiques et économiques se mêlent et une approche interdisciplinaire est nécessaire.

Cependant, l'objectif de traiter la question du géoblocage dans ses différents aspects généraux ne nous permet pas de consacrer une attention spéciale au droit d'auteur, dont un projet de réforme est en cours de discussion au sein de la Commission,¹⁴ car une analyse axée sur le droit d'auteur nécessiterait une approche tout à fait spécifique. De plus, la présente étude se concentrera sur la libre circulation en ligne des contenus audiovisuels et musicaux et, par conséquent, nous n'aborderons pas les propositions relatives à l'achat en ligne de marchandises tangibles parce que cela pose des problèmes différents à certains égards.

Dans la première section, nous analyserons le phénomène du géoblocage en tant que barrière à la création d'un marché unique numérique permettant de

¹¹ G. Mazziotti, 'Is geo-blocking a real cause for concern in Europe?' (2016) 38 EIPR 365.

¹² Stratégie pour un marché unique numérique en Europe COM(2015) 192 final 6 (n 4).

¹³ Les interventions des parties prenantes dans la consultation publique effectuée par la Commission sont disponibles sur le site: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/geo-blocking-public-consultation-contributions-received-stakeholders> (consulté le 22 avril 2016).

¹⁴ Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a modern, more European copyright framework' COM(2015) 626 final.

diviser le marché européen selon les frontières nationales, ainsi que les techniques utilisées par les prestataires en ligne dans ce but. Nous identifierons les raisons juridiques, culturelles et économiques invoquées par ces prestataires afin de justifier une pratique se traduisant, finalement, dans un traitement différencié des consommateurs en fonction de leur localisation. Cette analyse vise à vérifier si des mesures de géoblocage dans le marché numérique européen peuvent être justifiées.

Dans la deuxième partie, nous essayerons de répondre à la question de savoir si les mesures de géoblocage pourraient être interdites à la lumière du cadre législatif actuel. Cette question apparaît importante car le législateur se voit souvent accusé de 'surproduction' de règles¹⁵ et, partant, l'objectif de cette section sera de savoir si les dispositions déjà existantes dans l'ordre juridique européen pourraient contribuer à la création d'un marché unique numérique à travers une meilleure mise en œuvre ou si, comme affirmé par la Commission, il faudrait intervenir avec de nouvelles mesures législatives afin d'assurer la libre circulation des contenus numériques en ligne. En particulier, l'article 20(2) de la directive 2006/123/CE¹⁶ (ci-après 'directive services') prévoit une obligation de non-discrimination, mais il faudra vérifier l'étendue de potentielles justifications à un traitement différencié dans le but d'estimer quel est l'impact réel de cette disposition sur le marché.

Enfin, dans la dernière section, nous analyserons la première proposition législative présentée par la Commission dans le cadre de sa stratégie sur le marché unique numérique, à savoir la proposition visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenus en ligne dans le marché intérieur. La formulation ambiguë de cette proposition pourrait affecter la réalisation de l'objectif fixé qui est de garantir la possibilité pour les abonnés à un service de contenu en ligne d'en bénéficier lorsqu'ils sont *présents temporairement* dans un État différent de celui où ils résident *habituellement*.

¹⁵ F. Modugno, A. Celotto, M. Ruotolo, 'Considerazioni sulla crisi della legge' dans F. Modugno, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo* (Giappichelli 2000) 351.

¹⁶ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur [2006] JO L376/60.

II. LE GEOBLOCAGE COMME OBSTACLE AU MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE

1. Introduction au phénomène du géoblocage

Lorsque nous parlons de blocage géographique, nous nous référons à une 'mesure technologique empêchant les consommateurs d'accéder à un site internet ou d'acheter du contenu en ligne sur la base de la localisation de leur point d'accès'.¹⁷ Le géoblocage limite le commerce transfrontalier ainsi que la portabilité des services en ligne que le consommateur avait souscrits auparavant. Il s'agit d'ailleurs d'une pratique très répandue. Il ressort, en effet, d'une récente enquête conduite par la Commission dans le domaine du commerce électronique¹⁸ que 68% des prestataires de services en ligne interrogés utilisent des mesures de géoblocage, la plupart ayant recours à une vérification de l'adresse IP afin de déterminer la localisation de l'utilisateur. De plus, 72% d'entre eux ont déclaré que la portabilité de leurs contenus en ligne est limitée.¹⁹ Il existe pourtant une demande croissante d'accès transfrontalier à des sites internet, expliquant d'ailleurs la forte augmentation du chiffre d'affaires des prestataires de services de Réseau Virtuel Privé ('RVP').²⁰

2. Les techniques de géoblocage

Il y a principalement trois mécanismes auxquels les consommateurs font face lorsqu'ils essaient d'avoir accès à un site internet d'un pays différent de celui où ils se trouvent.

Tout d'abord, les consommateurs peuvent se voir opposer un refus de vente lorsqu'ils veulent acheter du contenu numérique. Dans ce cas, le prestataire

¹⁷ F. Simonelli, 'Geo-blocking: Unjustified barrier to the Digital Single Market or legitimate commercial practice? The case of copyrighted audiovisual content' (2015) Actes du CEPS (Centre for European Policy Studies) Digital Forum.

¹⁸ Commission, 'Geo-blocking practices in e-commerce: issues paper presenting initial findings of the e-commerce sector inquiry conducted by the Directorate-General for Competition' SWD (2016) 70 final.

¹⁹ *ibid.*

²⁰ Un Réseau Virtuel Privé (RVP, en anglais *VPN*), permet aux usagers de contourner les restrictions géographiques, en établissant une connexion internet directement dans des pays où le contenu est disponible.

requiert différents éléments, à savoir une adresse de résidence dans un certain pays, une carte bancaire nationale au moment du paiement ou une connexion établie dans un certain État. 65% des entreprises offrant du contenu numérique en ligne utilisent des mesures visant à bloquer tout court l'accès d'un consommateur localisé dans un autre État membre.²¹ La plupart d'entre elles ont recours à l'adresse IP afin de vérifier la localisation, alors que seulement 2% prennent en compte la nationalité du consommateur. Cette approche peut s'expliquer par le fait qu'une discrimination sur la base de la nationalité ne serait en aucun cas une restriction justifiable. D'autres prestataires en ligne ont recours à des mesures moins restrictives. C'est le cas de ceux qui utilisent le '*re-routing*', qui consiste à rediriger le consommateur vers le site national où les produits sont adaptés aux consommateurs nationaux en raison de la langue, la culture ou d'autres spécificités. Finalement, lorsque le consommateur avait l'intention d'acheter un produit déterminé qui n'est pas disponible sur la version du site qui lui est accessible, cette restriction peut également se traduire dans un refus de vente. Dans la plupart des cas, l'objectif de cette technique est d'offrir aux cyberconsommateurs (i.e. les consommateurs achetant des produits sur internet) des prix ou contenus différents ou tout simplement des produits de qualité différente en fonction de leur localisation. Cela nous amène à la dernière forme de restriction en ligne qui se manifeste dans l'application de termes et conditions différentes. Dans ce cas, même si le contenu est disponible dans tous les États membres de l'Union, les consommateurs se verront offrir des contrats d'achat différents sur la base de leur situation géographique.

Une fois les techniques employées par les prestataires en ligne afin de mettre en œuvre un blocage géographique identifiées, une question surgit spontanément : quelles sont les raisons qui amènent les opérateurs en ligne à utiliser de telles mesures ? Seulement après avoir répondu à cette question, il sera possible de vérifier si les motivations identifiées peuvent constituer une justification acceptable à la lumière du droit de l'Union.

²¹ SWD (2016) 70 final 48 (n 18).

3. Les raisons avancées par les opérateurs afin de justifier les mesures de géoblocage

Toutes les entités impliquées dans le marché numérique semblent s'arrêter sur des positions de principe lorsqu'il s'agit d'expliquer les raisons en faveur ou contre l'utilisation des techniques de géoblocage. Les consommateurs militent pour une interdiction absolue de toute forme de restriction qui discrimine sur la base du point d'accès.²² C'est sans surprise, en revanche, que les prestataires de services en ligne soulignent que leurs restrictions sont pleinement conformes au droit de l'Union.²³

Dans ce paragraphe nous essayerons d'identifier les raisons qui pourraient justifier ou non des pratiques restrictives. Nous répartirons ces raisons en trois catégories: raisons juridiques, culturelles et économiques. Cette classification permet également d'identifier les obstacles qui peuvent être surmontés à travers une intervention législative et ceux qui, en revanche, dépendent de facteurs autres que législatifs.²⁴

A. Raisons juridiques

La plupart des prestataires de services en ligne justifient leurs restrictions sur la base du morcellement du cadre juridique européen car l'existence de différentes obligations dans les différents États membres entraînerait des coûts parfois très importants. Toutes ces raisons seront dès lors abordées dans l'analyse qui suit. Dans une première partie, nous analyserons la raison principale avancée par les prestataires de contenu en ligne, à savoir le droit d'auteur et le principe de territorialité qui lui est inhérent. Dans un deuxième

²² 'EU unveils Digital Single Market: Consumers must be central' (2015) Communiqué de presse de l'organisation Bureau européen des Unions de Consommateurs ('BEUC') http://www.beuc.eu/publications/beuc-pr-2015-006_digital_single_market.pdf consulté le 22 avril 2016.

²³ 'Digitaleurope's response to the public consultation on geoblocking and other geographical restrictions when shopping and accessing information across the European Union' (2015) < http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-5/digital_europe_13459.pdf consulté le 22 avril 2016.

²⁴ Pour une classification différente, nous renvoyons à l'analyse d'impact initiale de la Commission, 'Proposals to address unjustified geo-blocking and other discrimination based on consumers' place of residence or nationality' (2015) http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2016_cnect_002_geo-blocking_en.pdf consulté le 22 avril 2016.

temps, nous examinerons les autres raisons juridiques que nous avons identifiées en tant que barrières contraires à un marché unique numérique.

a. Le droit d'auteur et le principe de territorialité

La raison principale poussant les prestataires à restreindre l'accès à leurs sites internet est constituée par le droit d'auteur protégeant les œuvres musicales et audiovisuelles en ligne. La protection de ces droits est garantie au niveau national. Ainsi, les titulaires des droits ou leurs gestionnaires octroient des licences dont la validité est limitée au territoire d'un certain État membre et le prestataire d'un service en ligne qui veut distribuer un contenu audiovisuel ou musical au niveau européen doit obtenir une licence d'exploitation dans chaque État membre où il veut offrir son service. Cependant, il est possible que le titulaire du droit d'auteur ait déjà octroyé une licence sur base exclusive pour chaque État. Partant, un deuxième prestataire voulant se voir octroyer une licence pour cet État ne pourra pas l'obtenir puisque le droit d'exploitation de ce répertoire a déjà été octroyé à une autre entité et il sera, par conséquent, dans l'impossibilité de distribuer le contenu dans ce pays. Notons que, même en l'absence de concessions exclusives, l'existence de différents gestionnaires des droits dans chaque pays entraîne des coûts de transaction parfois importants, puisqu'il devient nécessaire de négocier les licences pays par pays. De plus, ce morcellement peut entraîner l'existence de prix différents pour le même répertoire dans chaque pays et le prestataire pourrait estimer que la demande potentielle sur ce marché n'est pas suffisante pour couvrir le coût du droit d'exploitation.

Par conséquent, les coûts de transaction découlant de la nécessité de négocier une licence pays par pays, l'existence de droits octroyés sur base exclusive ainsi que l'absence d'une demande potentielle suffisante à couvrir les coûts supportés pourraient amener le prestataire en ligne à limiter son offre à un seul pays ou à un certain nombre de pays seulement. Afin de donner suite à cette décision, le prestataire en ligne aura recours à des mesures de géoblocage empêchant l'accès depuis les pays où il ne détient pas de licence et ainsi ne pas enfreindre les droits d'exploitation octroyés à d'autres prestataires dans ces États.

Au niveau juridique, la territorialité de la protection du droit d'auteur pour les œuvres artistiques est prévue par l'article 5(2) de la Convention de Berne,²⁵ lequel dispose que 'l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée'. La Cour de Justice de l'Union européenne reconnaissant le principe de territorialité a aussi affirmé dans son arrêt *Lagardère* que les dispositions de l'Union ne visaient pas 'à remettre en cause [...] le principe de territorialité de ces droits, reconnu par le droit international et admis également par le traité CE'²⁶ et que 'ces droits ont donc un caractère territorial et le droit interne ne peut, par ailleurs, sanctionner que des actes accomplis sur le territoire national'.²⁷ Cela veut dire que la protection du droit d'auteur a un caractère national puisque ce droit est issu de la législation des États et, par conséquent, sa protection est limitée au territoire de l'État pour lequel la licence a été octroyée.

Quelles sont les conséquences du principe de territorialité? Tout d'abord, l'octroi d'une licence dans un pays ne permet pas *normalement* d'offrir dans d'autres États un service ayant pour objet des œuvres protégées par le droit d'auteur. Il apparaît, dès lors, que les mesures de géoblocage, empêchant l'accès à un site depuis un État membre où le prestataire n'a pas (encore) obtenu une licence, sont nécessaires pour mettre en œuvre les normes sur le droit d'auteur. Si ces mesures étaient purement et simplement interdites, l'accès au contenu à l'origine de tout État membre, peu importe la localisation de l'utilisateur, entraînerait un contournement du principe de territorialité.

En vertu du principe de territorialité du droit d'auteur, chaque détenteur au niveau national peut s'opposer à toute importation qui pourrait léser son droit exclusif dans le pays. Cela montre bien comment la territorialité du droit d'auteur peut constituer un obstacle au développement d'un marché unique numérique pour les produits audiovisuels et musicaux en Europe.

²⁵ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et modifiée le 28 septembre 1979.

²⁶ Affaire C-192/04 *Lagardère* ECLI:EU:C:2005:475, point 46.

²⁷ *ibid.*

Par ailleurs, l'existence d'une tension entre propriété intellectuelle et liberté de circulation est reconnue dans les Traités de l'UE mêmes. Se rendant compte que les droits de propriété intellectuelle, tels que reconnus au niveau national, pouvaient entraîner une fragmentation du marché intérieur, les rédacteurs des traités ont prévu la possibilité d'opposer la 'protection de la propriété industrielle et commerciale' en tant que justification d'une entrave à la libre circulation des marchandises, à condition qu'elle ne constitue 'ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres'.²⁸

Cependant, cette entrave a aussi des limites. La limite la plus importante qui contrebalance le caractère restrictif du droit d'auteur est représentée par le *principe d'épuisement* des droits, reconnu pour la première fois par la Cour de Justice dans l'arrêt *Deutsche Grammophon*.²⁹ Sur la base de cette jurisprudence, à partir du moment où un produit a été mis sur le marché dans un autre État membre pour la première fois avec le consentement du titulaire, celui-ci ne peut plus en empêcher la circulation et, partant, il ne peut pas s'opposer aux importations parallèles de ce produit.³⁰

La fonction de ce principe est d'encourager les importations parallèles pour renforcer la concurrence et limiter les obstacles et le morcellement créés par le droit d'auteur. Toutefois, il s'applique seulement aux produits tangibles et donc, pour ce qui nous intéresse, aux œuvres audiovisuelles et musicales incorporées dans un support matériel.³¹ Cette limitation du principe est prévue par la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information, dont le considérant 29 explicite que 'la question de l'épuisement du droit ne se pose pas dans le cas des services, en particulier lorsqu'il s'agit de services en ligne'.³² De plus, l'article 3(3) de la même directive dispose que les droits exclusifs de l'auteur d'autoriser ou d'interdire toute communication au public

²⁸ Article 36 Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), [2012]JO C 326/47.

²⁹ Affaire 78/70 *Deutsche Grammophon* ECLI:EU:C:1971:59, point 11.

³⁰ S. Jacquier, W. Maxwell et X. Buffet Delmas, 'Industrie de contenu: quel avenir pour les licences territoriales?' [2009] 47 RLDI 65.

³¹ Mazziotti (n 11) 4.

³² 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 [2001]JO L167/10.

de ses œuvres 'ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public', en particulier lorsque cet auteur, personnellement ou par le biais d'intermédiaires, rend ses œuvres disponibles en ligne. Le résultat de ces normes est que le principe d'épuisement ne s'applique pas à la distribution en ligne, exception faite pour la dérogation reconnue dans l'arrêt *UsedSoft*,³³ où la Cour a décidé d'appliquer le principe d'épuisement aux programmes d'ordinateur. Mise à part cette exception, l'inapplicabilité du principe d'épuisement confirme le caractère territorial de la distribution en ligne de contenus couverts par le droit d'auteur.³⁴

Afin d'aboutir à la réalisation d'un marché unique numérique, il faudrait faciliter l'octroi de licences multi-territoriales de manière à promouvoir une offre pan-européenne ainsi que l'intégration numérique au sein de l'Union. Est-ce envisageable dans le marché audiovisuel et musical ? Pour répondre à cette question, il faudra considérer les deux marchés séparément.

Dans le marché de contenus audiovisuels en ligne, les titulaires du droit d'auteur gèrent directement leurs droits, sans en confier la gestion à des sociétés nationales de gestion collective, comme dans le cas des œuvres musicales. Les producteurs de ces contenus, partant, octroient directement les licences d'exploitation à ceux qui les requièrent et donc ils seraient déjà en mesure de déterminer l'extension territoriale de leurs licences.³⁵ Ils pourraient, dès lors, décider d'octroyer des licences pan-européennes voire mondiales, sans créer une fragmentation du marché suivant les frontières nationales. Ce faisant, le distributeur en ligne de ces contenus ne devrait plus avoir recours à des mesures de géoblocage de son site parce qu'une offre pan-européenne par le même distributeur n'enfreindrait pas les droits exclusifs d'autres concessionnaires nationaux. Toutefois, ce n'est pas ce qui arrive aujourd'hui car les titulaires du droit d'auteur concernant des productions audiovisuelles n'octroient pas de licences multi-territoriales en considérant qu'elles ne seraient pas rentables. Au contraire, ils préfèrent octroyer des licences différentes pour chaque État membre de l'Union ou, tout au plus, pour chaque région linguistique.

³³ Affaire C-128/11 *UsedSoft* ECLI:EU:C:2012:407.

³⁴ G. Mazziotti, 'Copyright in the EU Digital Single Market' (2013) CEPS Task Force Reports, 66.

³⁵ *ibid* 11.

Les producteurs adaptent leurs contenus aux spécificités de chaque groupe de consommateurs, en présumant vraisemblablement que la demande est homogène à l'intérieur de tout État. Dans l'enquête conduite par la Commission et publiée en mars 2016,³⁶ il apparaît que dans 66% des accords conclus entre titulaires du droit d'auteur et prestataires de services en ligne, c'étaient les titulaires eux-mêmes qui imposaient de géo-bloquer l'accès au contenu depuis d'autres États membres. Par conséquent, le morcellement du marché numérique européen dans le secteur de l'audiovisuel est déterminé principalement par des choix autonomes des titulaires mêmes du droit d'auteur qui, sur la base d'une décision commerciale, estiment plus rentable l'octroi de licences sur base nationale afin de mieux viser les demandes spécifiques des consommateurs.

Dans le secteur des contenus musicaux, les prémisses sont différentes, mais le résultat est le même. Les titulaires du droit d'auteur sur les œuvres confient normalement la gestion de leurs droits à des sociétés de gestion collective avec une dimension nationale. Elles ont la mission de créer des répertoires, octroyer des licences sur ces droits et, ensuite, collecter, gérer et redistribuer les revenus.³⁷ Pour qu'un prestataire puisse offrir un service en ligne dans tous les pays de l'Union, il devra obtenir une licence d'exploitation auprès de chaque société nationale mais certaines d'entre elles ont conclu des accords bilatéraux permettant d'obtenir des licences multi-territoriales, ce qui tempère légèrement le caractère territorial inhérent à ce système. Cependant, dans beaucoup de cas, ils sont encore obligés de négocier avec plusieurs sociétés de gestion collective et pour cette raison le législateur de l'Union est intervenu afin d'encourager et faciliter l'octroi de licences multi-territoriales dans le secteur de la musique.

En effet, la directive 2014/26/UE prévoit qu'une société de gestion collective nationale peut octroyer une licence pour l'exploitation de son répertoire d'œuvres musicales dans plusieurs États membres.³⁸ Après la mise en œuvre

³⁶ SWD (2016) 70 final 55 (n 18).

³⁷ 'Pourquoi le numérique a-t-il encore des frontières en Europe ?' (2015) Étude réalisée par le Centre Européen des Consommateurs France, 11.

³⁸ Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de

de cette directive, qui aurait dû être transposée avant le 10 avril 2016, il ne devrait plus y avoir d'obstacles *juridiques* liés au droit d'auteur pour obtenir une licence pan-européenne et ainsi offrir un produit musical en ligne dans tous les États de l'Union. La directive vise à faciliter le développement d'une offre pan-européenne de contenus musicaux, non fragmentée selon les frontières nationales. En second lieu, l'élimination du caractère territorial absolu et l'octroi de licences multi-territoriales entraîneraient aussi la réduction des coûts de transaction, puisqu'il ne faudrait plus identifier les titulaires ou gestionnaires des droits pays par pays et négocier un accord avec chacun d'entre eux.³⁹ Par conséquent, l'atténuation du caractère territorial du droit d'auteur devrait créer un environnement juridique approprié pour qu'un marché unique numérique des contenus musicaux se développe. Cependant, à propos du secteur musical, se présentent les mêmes considérations exposées par rapport aux contenus audiovisuels. Si les prestataires en ligne ne demandent pas de licences multi-territoriales, c'est parce qu'il n'y a pas de demande transfrontalière suffisante des mêmes contenus et une telle prestation n'apparaît pas rentable. Par conséquent, le marché numérique demeurera fragmenté suivant les frontières nationales.

b. D'autres raisons juridiques

Le droit d'auteur avec son caractère territorial n'est pas la seule raison poussant les prestataires à appliquer des mesures de géoblocage. D'autres raisons existent, liées à la fragmentation du cadre juridique européen dans de différents domaines.

Premièrement, l'existence d'une législation différente concernant le droit des contrats et le droit des consommateurs dans chaque État constitue une raison importante.⁴⁰ Ces législations, même harmonisées, imposent encore différentes obligations d'information aux consommateurs, en matière d'assistance après-vente et de garantie sur le produit ou service. Cela va de soi

licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur, [2014] JO L84/72.

³⁹ Langus, Neven et Poukens (n 7) 88.

⁴⁰ H. Schulte-Nölke, F. Zoll, E. Macierzyńska-Franaszczyk, S. Stefan, S. Charlton, 'Discrimination of Consumers in the Digital Single Market' (2013) Étude commissionnée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement Européen, 47.

que les coûts découlant de l'obligation de se conformer à ces normes augmentent proportionnellement au nombre de pays où le contenu en ligne est offert. En effet, le prestataire doit se renseigner sur les lois applicables dans chaque pays et se conformer à chacune de celles-ci. Plus il y a de différences par rapport au pays d'origine où le prestataire est établi, plus il devra supporter de coûts de conformité lorsqu'il décide d'opérer sur plusieurs marchés. Toutefois, dans l'enquête de la Commission de mars 2016,⁴¹ 81.7% des intervenants ont indiqué que le coût d'obtenir des informations et de se conformer au droit des consommateurs dans plusieurs États membres était la raison la moins importante parmi celles qui les poussaient à géobloquer l'accès à leur site.

Une deuxième justification au géoblocage réside dans l'existence de différents taux pour la Taxe sur la Valeur Ajoutée (ci-après 'TVA') dans les États membres. À partir du 1^{er} janvier 2015, la TVA doit être payée en appliquant le taux prévu dans l'État du bénéficiaire du service en ligne.⁴² Si ce taux est plus élevé dans certains États, le prix du service pour le consommateur devrait par conséquent être différent et pour cette raison les prestataires de services en ligne estiment qu'une différenciation des prix et conditions en ligne selon les pays serait justifiée.

Enfin, les prestataires craignent souvent qu'une prestation de services en ligne puisse les obliger à se confronter avec une juridiction étrangère saisie par le consommateur en cas de litige. En effet, lorsqu'un litige survient entre prestataire et professionnel, l'article 15(1)(c) du règlement 44/2001 dispose que le consommateur peut saisir la Cour de son domicile.⁴³ Cela obligerait le prestataire à faire face à une juridiction qu'il ne connaît pas, dont les normes procédurales ainsi que les coûts pourraient être significativement différents. Cependant, il y a deux aspects à souligner.⁴⁴ Tout d'abord, le risque de devoir faire face à une juridiction étrangère n'est pas limité aux services en ligne,

⁴¹ SWD (2016) 70 final 64 (n 18).

⁴² Directive 2008/8/CE du Conseil du 12 février 2008 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne le lieu des prestations de services [2008] JO L44/11, Article 5.

⁴³ Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [2001] JO L012.

⁴⁴ Schulte-Nölke, Zoll, Macierzyńska-Franaszczyk, Stefan, Charlton (n 40) 54.

mais il est inhérent au concept même de marché unique, peu importe qu'il s'agisse de l'univers physique ou numérique. En second lieu, le législateur européen a facilité la résolution des litiges entre consommateurs et professionnels grâce à l'introduction du règlement en ligne des litiges à travers une plateforme accessible depuis le 15 février 2016 et ne concernant que les plaintes causées par un achat en ligne.⁴⁵ Cela devrait contribuer à supprimer certains obstacles au marché intérieur ainsi qu'à éliminer une potentielle justification pour le géoblocage des sites internet.⁴⁶

Cette analyse des raisons juridiques constituant un obstacle à la création d'un marché unique numérique a démontré que les explications données par les prestataires de services en ligne sont nombreuses et se fondent sur le morcellement du cadre juridique européen, entraînant des choix commerciaux conséquents.

Nous estimons que le but de créer un marché unique numérique ne devrait pas entraîner la substitution du législateur dans les choix légitimes des prestataires de services en ligne. L'intervention du législateur européen visant, par exemple, à faciliter l'octroi de licences multi-territoriales est bienvenue, surtout dans le but de créer un marché unique numérique, mais il ne devrait pas y avoir, à notre avis, une obligation absolue d'offrir des produits ou services dans tous les États membres car cela devrait rester un choix commercial autonome des prestataires. Par ailleurs, une obligation d'offre pan-européenne aurait comme conséquence qu'un prestataire qui ne connaît pas le marché étranger devrait faire face à une série de risques et incertitudes économiques et juridiques nouvelles.⁴⁷

Cependant, le législateur de l'Union, au lieu de simplement interdire toute mesure de géoblocage, a adopté à raison une approche prudente et pragmatique. À travers une constante harmonisation des normes

⁴⁵ Le site pour le règlement en ligne des litiges est accessible à l'adresse : <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/?event=main.home.show&lng=FR> (consulté le 22 avril 2016). Ce site a été créé en réponse à une législation spécifique de l'UE: Règlement (UE) 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE [2013]JO L165/1.

⁴⁶ Schulte-Nölke, Zoll, Macierzyńska-Franaszczyk, Stefan, Charlton (n 40) 55.

⁴⁷ *ibid* 7.

européennes, il vise à créer les conditions pour qu'une offre pan-européenne de contenus audiovisuels et musicaux en ligne se développe comme un résultat 'naturel' du marché.

Les raisons juridiques ne sont pas les seules à justifier un comportement 'discriminatoire' en ligne fondé sur la localisation du point d'accès. Aux raisons juridiques il faut tout d'abord ajouter celles que nous avons qualifiées de 'culturelles'. Il est évident que ces obstacles ne pourront pas être surmontés sur le court terme à travers une intervention législative.

B. Raisons culturelles

La diversité culturelle et linguistique de l'Union constitue sans doute une richesse, et l'Union est juridiquement tenue de respecter cette diversité, comme prévu notamment à l'article 3(3) du Traité sur l'Union européenne (ci-après 'TUE'). Cependant, cette richesse peut aussi entraîner une fragmentation du marché audiovisuel et musical en ligne, puisqu'elle détermine une différenciation des préférences, vraisemblablement suivant les frontières nationales. Pour cette raison, les entreprises offrant des contenus en ligne ont souvent recours à des mesures de géoblocage, surtout sous forme de '*re-routing*', afin de mieux cibler les préférences des consommateurs. Au lieu d'offrir le même contenu pour tous les consommateurs européens, ces prestataires créent des sites différenciés, où les contenus sont adaptés aux goûts nationaux. Le résultat est un morcellement du marché numérique et une fragmentation des sites internet fondée sur la localisation du consommateur.

D'après les prestataires en ligne, une différenciation des sites est nécessaire car les producteurs se voient obligés d'adapter les contenus sur la base des langues, à travers le doublage ou le sous-titrage des produits audiovisuels. Ils estiment que dans l'UE la demande de contenus audiovisuels en langue étrangère est réduite et celle-ci n'arriverait pas à couvrir les coûts déterminés par une offre transfrontalière. De plus, les consommateurs montrent souvent une préférence pour les produits nationaux.

Cependant, cela n'est pas tout à fait vrai car la demande transfrontalière de produits d'autres pays augmente de plus en plus. Un facteur déterminant réside dans l'augmentation de la mobilité européenne. Aujourd'hui, un nombre croissant de citoyens européens habitent dans un pays dont ils ne

sont pas ressortissants. À cela il faut ajouter la présence en Europe de quatre millions de personnes considérées comme appartenant à des minorités linguistiques et de 3,7 millions de voyageurs transfrontaliers.⁴⁸ De plus, le nombre de citoyens pouvant s'exprimer dans une langue étrangère s'accroît progressivement et aujourd'hui a atteint 228 millions, selon de récentes études.⁴⁹ Ces chiffres montrent qu'il existe en Europe une forte demande transfrontalière, actuelle et potentielle, de contenus en provenance d'autres États membres. Cependant, les prestataires en ligne n'ont pas encore complètement saisi cette opportunité, dans la mesure où 38% de ceux dont les services sont accessibles à l'étranger déclarent offrir des contenus différenciés selon les pays.⁵⁰ Ainsi, ces opérateurs continuent à limiter l'offre aux produits nationaux ou culturellement voisins, en créant des sites internet accessibles dans un seul État ou avec des contenus adaptés seulement aux spécificités nationales.

C. Raisons économiques

La dernière catégorie de raisons pouvant expliquer l'adoption de mesures de géoblocage regroupe les facteurs économiques pris en compte par les prestataires en ligne au moment des choix commerciaux. Lorsqu'un prestataire doit fixer le prix et conditions d'un service en ligne, il doit tenir compte de la situation de marché ainsi que de la concurrence présente et future et du consentement à payer des consommateurs.⁵¹ Dans ce paragraphe nous analyserons premièrement l'impact du pouvoir d'achat dans chaque État membre sur la décision de discrimination des prix pour ensuite analyser d'autres raisons économiques justifiant cette discrimination.

⁴⁸ 'The economic potential of cross-border pay-to-view and listen audiovisual media services' (2012) Rapport rédigé par *Plum Consulting* pour la Commission européenne, 86.

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ SWD (2016) 70 final 65 (n 18).

⁵¹ Commission européenne, 'Study on business practices applying different conditions of access based on the nationality or the place of residence of service recipients – Implementation of Directive 2006/123/EC on Services in the Internal Market' (2009) Rapport final, 62-8.

a. Discrimination des prix selon le pouvoir d'achat des consommateurs

Le consentement à payer des consommateurs varie selon leur pouvoir d'achat et il est très différent selon le pays. Pour donner un exemple, un consommateur cypriste dépense 8€ par an dans le marché de contenus audiovisuels, alors qu'un consommateur danois arrive à dépenser 450€ durant la même période.⁵² Si le consentement à payer varie, il est évident que les prestataires adapteront leurs prix en conséquence afin de maximiser leurs profits. Si les techniques de géoblocage étaient interdites, les prestataires seraient obligés d'offrir les mêmes prix et conditions à tous les consommateurs sur un site à dimension européenne, sans possibilité de discrimination. Cette convergence des prix entraînerait un désavantage pour les consommateurs avec un pouvoir d'achat inférieur ainsi que l'impossibilité pour les prestataires en ligne de maximiser leurs profits sur chaque marché, déterminant ainsi une réduction du bien-être de certains consommateurs.⁵³

En revanche, la possibilité de discriminer les prix sur la base du pouvoir d'achat relatif permet d'ouvrir de nouveaux marchés qui n'auraient pas été ouverts sans différenciation, puisqu'il n'y aurait pas eu de demande sur ces marchés si le prix avait été fixé au même niveau que dans les États avec un plus haut consentement à payer.

Cependant, les consommateurs des pays avec les prix les plus élevés financent indirectement l'offre de produits dans ceux qui bénéficient de prix plus bas et cela peut créer de la frustration parmi ceux qui se voient obligés de payer un prix plus élevé pour le même produit. Cette frustration peut encourager la piraterie en ligne ainsi que l'utilisation de RVP,⁵⁴ ce qui, dans un cercle vicieux, impliquerait l'impossibilité de continuer à pratiquer des prix

⁵² A. Enders, 'The value of territorial licensing to the EU' (2013), https://www.letsgoconnected.eu/fileadmin/Studies/Alice_Enders__The_value_of_territorial_licensing_-_FINAL_11_OCT_2013.pdf consulté le 22 avril 2016.

⁵³ J.V. Kennedy, 'Why Geoblocking Can Increase Consumer Welfare and Improve Income Equality' (2014) Information Technology and Innovation Foundation <http://www2.itif.org/2014-geoblocking-increase-consumer-welfare.pdf> consulté le 22 avril 2016.

⁵⁴ SWD (2016) 70 final 65 (n 18).

diversifiés.⁵⁵ Toutefois, une analyse économique empirique serait nécessaire avant de tirer des conclusions sur ce point.

b. D'autres raisons économiques

À part le besoin d'adapter les prix au pouvoir d'achat des consommateurs dans chaque État membre, les prestataires en ligne justifient le recours aux techniques de géoblocage aussi à la lumière d'autres raisons économiques. Tout d'abord, l'existence de mesures de géoblocage rend possible une concurrence significative sur le marché d'un certain État, qui n'est pas présente ailleurs en revanche. Cela se justifie par l'existence d'opérateurs actifs seulement sur le marché en ligne d'un certain pays. Un nouveau prestataire qui décide d'entrer sur ce marché devra adapter ses prix aux pressions concurrentielles présentes dans ce pays, l'obligeant à fixer des prix plus hauts ou plus bas par rapport à ceux d'autres marchés. De plus, les dimensions et la structure d'entreprise d'un prestataire peuvent ne pas être suffisantes pour entrer sur un marché étranger et cela justifierait aussi le choix d'opérer seulement au niveau national. Enfin, les coûts nécessaires pour entrer sur un nouveau marché, découlant surtout d'un besoin de publicité, peuvent être disproportionnés compte tenu des opportunités de profits.

Une fois toutes les raisons qui pourraient potentiellement justifier l'adoption de mesures de géoblocage identifiées, il convient de vérifier comment ces obstacles sont traités à la lumière du cadre législatif actuel. Cela apparaît important surtout en considération de l'intention déclarée par la Commission de présenter de nouvelles propositions législatives. De telles initiatives seraient justifiées seulement lorsque les normes déjà existantes ne permettent pas d'interdire de tels obstacles en vue de créer un marché unique numérique paneuropéen. Cet aspect fera l'objet du prochain paragraphe.

III. LA COMPATIBILITE DU GEOBLOCAGE AVEC LE CADRE LEGISLATIF ACTUEL

Les mesures de géoblocage pourraient être qualifiées *prima facie* en tant que discriminations des consommateurs en raison de leur résidence. En effet, le fait que le consommateur soit *lato sensu* résident dans un certain pays est le

⁵⁵ Langus, Neven et Poukens (n 7) 113.

seul critère à partir duquel l'accès aux contenus numériques mis à disposition par un prestataire établi dans un autre État membre est bloqué.

Avant de procéder à l'analyse des nouvelles propositions législatives présentées par la Commission dans sa stratégie pour le marché unique numérique,⁵⁶ il convient de vérifier si cet objectif ne pouvait pas être atteint sur la base de l'actuel cadre législatif. Plus spécifiquement, il faut regarder si un traitement différencié impliqué par le géoblocage pourrait être interdit en faisant appel aux dispositions législatives existantes et à leur meilleure mise en œuvre ou s'il serait nécessaire de prendre l'initiative d'une nouvelle législation, comme fait par la Commission. L'analyse de la nécessité d'intervenir à travers de nouvelles propositions législatives apparaît davantage importante car le législateur se voit souvent adresser des reproches de 'surproduction' de règles.⁵⁷

Dans le cadre législatif actuel, l'article 20(2) de la directive services semble *prima facie* approprié pour répondre au problème de la différence de traitement en raison de la nationalité ou résidence dans le marché unique numérique.⁵⁸ Cette disposition interdit les conditions générales d'accès à un service mises à la disposition du public par le prestataire lorsqu'elles discriminent en raison de la nationalité ou du lieu de résidence du destinataire.

1. L'Article 20(2) de la Directive Services: Limite à la liberté de discriminer entre des prestataires ?

Une disposition qui, à première vue, pourrait contribuer à la construction d'un marché unique numérique et répondre au géoblocage est l'article 20(2) de la directive services.⁵⁹ Cette directive a pour objectif de faciliter la libre circulation des services dans le marché européen. Il est clair que ce ne sont pas uniquement les États membres qui posent des obstacles à la libre circulation, les prestataires peuvent aussi choisir d'avoir recours à une forme

⁵⁶ COM(2015) 192 final.

⁵⁷ F. Modugno et al. (n 14) 351.

⁵⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur [2006] JO L376/36.

⁵⁹ *ibid.*

de discrimination en raison de la résidence et ainsi créer des frontières artificielles dans le marché.

L'article 20(2) paraît répondre à ce problème en interdisant 'les conditions générales d'accès à un service qui sont mises à la disposition du public par le prestataire' lorsqu'elles contiennent 'des conditions discriminatoires en raison de la nationalité ou du lieu de résidence du destinataire'. Toutefois, cela n'empêche pas de 'prévoir des différences dans les conditions d'accès lorsque ces conditions sont directement justifiées par des critères objectifs'. Cet article met en balance deux éléments : d'un côté, l'objectif de réaliser un marché unique où il n'y a pas de discriminations dans les conditions appliquées aux consommateurs ; de l'autre, la liberté des prestataires de déterminer l'étendue du marché dans lequel ils veulent offrir leurs services ainsi que les prix pratiqués sur chaque marché, à condition qu'il y ait une justification à toute éventuelle limitation.⁶⁰

Cependant, trois aspects critiques doivent être abordés. Tout d'abord, il faut vérifier si cette directive est applicable aux contenus audiovisuels et musicaux en ligne et, dans ce but, clarifier la notion de service adoptée par la directive. En effet, le considérant 9 spécifie que la directive s'applique 'exclusivement aux exigences qui affectent l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité'. Le deuxième aspect qu'il faut aborder concerne la notion de 'conditions générales d'accès à un service, qui sont mises à la disposition du public par le prestataire'. Cette disposition ne définit pas la qualification de ces clauses, qui sont négociées individuellement avec le consommateur, se limitant à interdire les conditions générales d'accès discriminatoires. Enfin, il faut analyser quelles sont les justifications fondées sur des critères objectifs qui entraîneraient la légalité des discriminations.

2. Le champ d'application de l'article 20(2) de la Directive Services

Pour ce qui concerne le premier aspect, dans le but de fixer la notion de service, l'article 4(1) de la directive renvoie à l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après 'TFUE') qui définit les

⁶⁰ Competition and Markets Authority, 'CMA response to the European Commission on geo-blocking and other geographically based restrictions' (2015) http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-5/competition_and_markets_authority_uk_13450.pdf consulté le 22 avril 2016.

services comme étant des 'prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes'. D'après la Commission, cette notion inclut aussi les téléchargements en ligne de fichiers musicaux⁶¹. Pourtant une telle inclusion se fonde sur une définition de marchandise comme 'produit tangible' qui n'est pas unanimement acceptée. Il est clair que si nous acceptons cette définition de marchandise, tout contenu numérique, étant intangible, sera considéré comme un service et, par conséquent, la directive pourra s'appliquer. Mais une marchandise doit-elle être par définition tangible ? À notre avis, il ne s'agit probablement pas d'une conclusion nécessaire, notamment si nous considérons que la conséquence serait d'appliquer deux disciplines différentes selon que le produit musical soit incorporé dans un support matériel ou distribué en ligne, puisque seulement dans ce dernier cas nous pourrions appliquer le régime relatif aux services. Il est vrai que ce n'est que dans le premier cas que le consommateur achète une marchandise *stricto sensu*, mais il est aussi évident que l'objet de son intérêt reste le contenu de ce support, à savoir le produit audiovisuel, et il n'y a pas de raisons contraignantes pour appliquer deux régimes différents. Nous proposons de considérer les contenus audiovisuels et musicaux *achetés* en ligne comme étant des marchandises pour les différencier de ceux qui sont diffusés en continu sur internet (*streaming*) qui seraient qualifiés de services. Cela nous semble l'interprétation la plus logique, mais elle limite l'application de la directive seulement à des contenus qui sont *diffusés* en ligne.

De plus, une limitation ultérieure du champ d'application découle de l'article 2 de la directive. Celui-ci exclut les services audiovisuels, de sorte que la directive services trouverait application seulement pour les contenus *musicaux diffusés* en ligne. Ce n'est pas une interprétation acceptée de façon unanime et d'ailleurs la doctrine souligne la difficulté de distinguer entre les contrats ayant pour objet des services et ceux qui concernent des marchandises, en estimant que le critère adopté dans la directive produit des

⁶¹ Commission, 'Document de travail des services de la Commission visant à l'établissement d'orientations sur l'application de l'article 20, paragraphe 2, de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur ('la directive 'services')' SWD(2012) 146 draft 7.

difficultés pratiques.⁶² Cette incertitude sur le champ d'application exact de la directive est l'une des raisons pour lesquelles l'article 20(2) n'est pratiquement pas mis en œuvre.⁶³

3. La notion de 'conditions générales d'accès à un service mises à la disposition du public' et les raisons d'un traitement différencié

La deuxième question à analyser concerne la notion de 'conditions générales d'accès à un service mises à la disposition du public'. Selon la Commission, cette disposition se réfère à toute information mise à disposition du public à travers différents moyens, mais elle ne comprend pas les conditions négociées individuellement avec le consommateur, puisque dans ce cas il ne s'agirait pas de conditions mises à la disposition du public.⁶⁴ Par conséquent, ces clauses individualisées ne sont pas couvertes par l'article 20(2). Par conséquent, si le prestataire en ligne n'affiche pas ses conditions d'accès discriminatoires en public, il n'y a pas de violation de cette disposition. Souvent, dans le marché numérique le recours à des mesures de géoblocage n'est pas indiqué avant la fin de la transaction en ligne, lorsque le consommateur déclare sa résidence, c'est-à-dire lors de l'enregistrement ou lors sa localisation est relevée à travers son adresse IP. Dans ces cas, l'article 20(2) ne trouvera pas application.

Le dernier aspect méritant d'être abordé concerne les justifications que le prestataire pourrait donner pour motiver les discriminations pratiquées. Le législateur s'est rendu compte qu'une interdiction totale de tout traitement différencié dans le marché intérieur aurait été une intrusion excessive dans la liberté des prestataires. En effet, elle leur aurait imposé d'offrir leurs services dans toute l'Union dès qu'ils auraient entamé une activité dans un État membre, sans possibilité de différencier selon la résidence des consommateurs, donc, sans pouvoir déterminer l'étendue de leur marché.⁶⁵ Une telle obligation aurait pu entraîner des effets contraires au but de la directive, lequel est de déterminer une meilleure allocation des ressources et

⁶² Schulte-Nölke, Zoll, Macierzyńska-Franaszczyk, Stefan, Charlton (n 40) 43.

⁶³ 'Enhanced Consumer Protection – the Services Directive 2006/123/EC'
http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/ecc-services_directive_en.pdf consulté le 18 avril 2016.

⁶⁴ SWD(2012) 146 draft 45 (n 61).

⁶⁵ Schulte-Nölke, Zoll, Macierzyńska-Franaszczyk, Stefan, Charlton (n 40) 39.

une plus grande croissance économique à travers la libre circulation. En effet, une interdiction de tout traitement différencié dans le marché intérieur aurait pu décourager les investisseurs puisqu'ils auraient dû faire des efforts au-delà de leurs capacités effectives. C'est pourquoi l'article 20(2) envisage 'la possibilité de prévoir des différences dans les conditions d'accès lorsque ces conditions sont directement justifiées par des critères objectifs' qui sont répertoriés de manière non exhaustive dans le considérant 95 du préambule, tels que les différentes conditions du marché, les 'risques supplémentaires liés à des réglementations différentes de celles de l'État membre d'établissement' ainsi que la non-détention des droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, l'article 20(2) interdit seulement les discriminations arbitraires⁶⁶ et toute raison économique pourrait potentiellement justifier une différence de traitement pour autant qu'elle soit plausible.⁶⁷ Comme nous avons vu *supra*, les justifications possibles sont très nombreuses, ce qui rend cette disposition peu effective. L'article 20(2) est, en réalité, une disposition symbolique exprimant les valeurs du marché intérieur mais il n'entraîne pas de conséquences réelles car il se limite à promouvoir la transparence en obligeant les prestataires à expliquer les raisons d'un éventuel choix discriminatoire.⁶⁸

Cette analyse a démontré que, exception faite des services audiovisuels pour lesquels la directive services ne s'applique pas en raison d'une dérogation explicite prévue à l'article 2, l'application de l'article 20(2) aux contenus numériques n'est pas certaine car la notion de service n'est pas tout à fait claire. Pourtant, même si cette disposition s'appliquait aux contenus numériques, elle se limiterait à interdire les conditions générales d'accès discriminatoires, sans affecter les clauses négociées individuellement ayant le même effet. Enfin, même lorsqu'une discrimination est identifiée dans les conditions générales, il existe de nombreuses justifications à un tel traitement de sorte que cet article ne produit pas de conséquences concrètes. Il faut conclure que l'article 20(2) ne peut pas fonder juridiquement l'interdiction du géoblocage en vue de construire un marché unique numérique.

⁶⁶ *ibid* 46.

⁶⁷ *ibid* 47.

⁶⁸ *ibid* 48-9.

IV. LA PORTABILITE TRANSFRONTIERE DES SERVICES DE CONTENU EN LIGNE : LE PREMIER PAS VERS UN MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE

La Commission a lancé en mai 2015 une stratégie visant la création d'un marché unique numérique, dont l'objectif est d'améliorer l'accès aux biens et services en ligne ainsi que de créer un 'un environnement propice au développement des réseaux et services numériques' et ainsi maximiser le potentiel de croissance inhérent à l'économie numérique.⁶⁹ Pour ce qui concerne la présente étude, la Commission a déclaré vouloir supprimer toute forme injustifiée de géoblocage pour qu'il n'y ait plus de barrières artificielles érigées par les prestataires en ligne, dans le but de créer un véritable espace sans frontières comme prévu par l'article 26 TFUE.⁷⁰ En effet, les mesures de géoblocage identifiées *supra* affectent non seulement le *commerce* de services en ligne, mais aussi leur *portabilité* car, lorsque le consommateur a légalement accès dans son propre pays à certains contenus sur la base d'un abonnement à un service en diffusion en continu (*streaming*) et qu'il veut en profiter dans un autre État membre, il se verra refuser l'accès en raison de sa localisation. Tout cela résulte en un manque de portabilité transfrontière.

Cependant, il existe une demande potentielle de portabilité transfrontière et la Commission a estimé qu'aujourd'hui 29 millions d'européens voudraient avoir accès à leurs contenus en ligne depuis un État membre différent de celui où ils ont conclu leur contrat d'abonnement.⁷¹ Ils représentent 5.7% des consommateurs européens, mais ils devraient atteindre le taux de 14% en 2020, à savoir 72 millions de personnes.⁷²

Après avoir déclaré vouloir dépasser toute mesure de géoblocage dans le marché numérique, la Commission semble toutefois avoir eu peur de son propre courage et, au moment de présenter les propositions législatives envisagées dans sa stratégie, elle s'est limitée au problème du manque de portabilité transfrontière, en abandonnant pour l'instant l'idée d'une

⁶⁹ COM(2015) 192 final (n 4).

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ Commission européenne, 'Impact assessment accompanying the document "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to ensure the cross-border portability of online content services in the internal market"' SWD(2015) 270 final, 17.

⁷² *ibid.*

interdiction totale du géoblocage. L'adoption de cette approche graduelle est à approuver car, comme nous avons vu *supra*, les raisons pouvant justifier un traitement différencié sur le marché numérique selon la localisation du consommateur sont nombreuses et une simple interdiction aurait pu décourager les investissements et entraîner un effet contraire à l'objectif de croissance économique. C'est pourquoi la Commission s'est à raison limitée à présenter une proposition de règlement visant à garantir la portabilité transfrontière des services en ligne⁷³ en procédant sur la base de l'article 114 TFUE qui donne à l'Union le pouvoir d'adopter des mesures pour la mise en place et le fonctionnement du marché intérieur. L'objectif de la proposition est de 'garantir que les abonnés à des services de contenu en ligne dans l'Union fournis sur une base *portable* peuvent bénéficier de ces services lorsqu'ils sont *présents temporairement* dans un *autre État membre*'.⁷⁴ Cet objectif sera-t-il atteint à la lumière du libellé actuel de la proposition législative ? Nous estimons que certains amendements seront nécessaires pour que l'acte final soit effectivement applicable et puisse réellement garantir la portabilité transfrontière des services en ligne. Il faut tout d'abord analyser le contenu de cette proposition et les difficultés soulevées par sa formulation. Nous aborderons son champ d'application matériel et ensuite nous examinerons son fonctionnement et ses conditions d'application.

1. *À quels services s'appliquerait ce règlement ?*

L'article 1 de la proposition législative étudiée prévoit que le futur règlement s'applique aux 'services de contenu en ligne dans l'Union'. L'article 2(e) nous donne une définition spécifiant qu'il s'agit d'un service qu'un prestataire 'fournit légalement en ligne dans l'État membre de résidence, qui est portable, et qui constitue un service de médias audiovisuels au sens de la directive 2010/13/UE ou un service qui consiste essentiellement à donner accès à des œuvres, à d'autres objets protégés ou à des transmissions réalisées par des organismes de radiodiffusion'. En réalité, le manque de portabilité affecte seulement les services audiovisuels car dans le secteur de la musique les prestataires en ligne offrent déjà dans la plupart des cas la possibilité

⁷³ Commission européenne, 'Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur' COM(2015) 627 final.

⁷⁴ *ibid* 8 (italique ajouté).

d'accéder aux contenus depuis un autre État membre.⁷⁵ Pourtant l'article 2 ne contient aucune limitation à cet égard. Le règlement s'appliquera à tous les services de contenu lorsqu'il s'agit d'un service offert contre rémunération ou d'un service offert gratuitement mais avec vérification de l'État membre de résidence.

Quelle est la raison d'être de ces conditions ? Le législateur ne voulait pas, en effet, obliger les prestataires offrant des services gratuits à se doter des moyens aptes à déterminer l'État de résidence habituelle du consommateur demandant l'accès à un contenu en ligne. Autrement cela aurait entraîné des coûts excessifs et un changement de leur mode d'action.⁷⁶ Pour cette raison, le règlement s'appliquera seulement lorsqu'il sera possible d'établir la résidence du consommateur soit, par exemple, sur la base de l'adresse de facturation (s'il y a eu paiement) soit en raison d'autres données auxquelles les prestataires ont déjà accès. Toutefois, il ne s'appliquera pas aux services offerts gratuitement sans vérifier l'État de résidence de l'abonné.⁷⁷ Concernant les moyens de vérification de l'État membre de résidence, le considérant 17 en donne une liste non exhaustive en se référant à l'existence d'un contrat de connexion internet, à l'adresse IP ou, de façon résiduelle, à tout autre moyen d'authentification. La définition de ces moyens est particulièrement importante car en dépend l'identification de l'État où le consommateur est temporairement présent et à partir duquel il peut accéder au contenu en ligne. Il serait opportun qu'à l'occasion des débats parlementaires une annexe soit ajoutée à ce règlement clarifiant les moyens de vérification de l'État membre de résidence.

2. Comment fonctionnerait le règlement en pratique ?

Comment est-il possible qu'un consommateur puisse accéder à des contenus protégés par le droit d'auteur et offerts par un prestataire dans un pays où ce dernier n'a pas de licence sans que cela entraîne une violation du droit d'exploitation attribué à autrui ? Il est possible, en effet, que le droit d'exploitation des mêmes contenus dans un autre pays ait été attribué à un sujet différent du prestataire de service en ligne avec lequel le consommateur

⁷⁵ SWD(2015) 270 final 10 (n 71).

⁷⁶ *ibid* 14.

⁷⁷ *ibid*.

a souscrit un abonnement et, pourtant, ce prestataire doit garantir, à la lumière de ce règlement, la portabilité des contenus dans d'autres États membres où le consommateur se trouve temporairement. Cela est possible parce que l'article 4 introduit une *fiction juridique* selon laquelle 'la fourniture d'un service de contenu en ligne, ainsi que l'accès à celui-ci [...] sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre de résidence'. Grâce à cette fiction, le consommateur peut accéder en toute légalité aux contenus en ligne sur la base de l'abonnement conclu dans son propre pays et sans payer de redevance de droit d'auteur au distributeur exclusif dans l'État membre où il se trouve temporairement. Par ailleurs, le prestataire n'aura pas besoin de demander une autre licence dans le pays de destination du consommateur afin de garantir la portabilité de ses contenus en ligne, car il suffira d'avoir la licence d'exploitation des droits d'auteur dans le pays où réside habituellement le consommateur. Par conséquent, ce règlement étend automatiquement le champ de validité d'une licence d'exploitation territoriale à tous les États membres où les abonnés se trouveront temporairement.⁷⁸ Cela permet d'assurer le respect de l'obligation de garantir la portabilité sans devoir supporter les coûts supplémentaires entraînés par l'octroi d'une licence d'exploitation ultérieure. De plus, l'article 3 exclut que l'obligation de portabilité s'étende aux exigences de qualité car, si tel n'était pas le cas, les prestataires auraient dû procéder à des investissements ultérieurs dans les réseaux internet pour faire en sorte que, quel que soit le pays où se trouve le consommateur, la qualité du service en ligne soit la même que dans l'État de résidence. Enfin, l'article 5 dispose que toutes les clauses contractuelles, entre titulaires de droits d'auteur et prestataires en ligne ainsi qu'entre ces derniers et les consommateurs, contraires à l'obligation de portabilité seront *inapplicables*, même lorsqu'elles sont contenues dans des contrats conclus avant l'entrée en vigueur du règlement car celui-ci sera rétroactivement applicable.

⁷⁸ G. Mazziotti et F. Simonelli, 'Regulation on 'cross-border portability' of online content services: Roaming for Netflix or the end of copyright territoriality?' (2016) CEPS Commentary <https://www.ceps.eu/publications/regulation-'cross-border-portability'-online-content-services-roaming-netflix-or-end> consulté le 12 avril 2016.

3. *Quand s'appliquerait le règlement ?*

Comme nous avons vu, l'article 1 prévoit que la portabilité doit être assurée lorsque l'abonné à un service en ligne est *présent temporairement* dans un autre État membre, à savoir dans un pays de l'Union où il ne réside pas habituellement. Cependant, un problème se pose par rapport à ces conditions d'application car le règlement ne prévoit pas de définitions satisfaisantes ni de 'présence temporaire' ni d'État membre de résidence'.

Concernant la notion d'État membre de résidence', l'absence de clarté pourrait entraîner un risque d'abus et une érosion du principe de territorialité du droit d'auteur. En effet, les européens qui ont une résidence secondaire ou un compte en banque dans un autre État membre, par exemple, pourraient profiter de cela pour souscrire un abonnement à un service en ligne qui n'est pas disponible dans leur pays et, ensuite, utiliser la portabilité pour avoir accès à ce service dans leur État de résidence habituelle.⁷⁹ Cela entraînerait tout d'abord un contournement du choix du prestataire en ligne de limiter l'étendue géographique de son service et, ensuite, une érosion importante du principe de territorialité du droit d'auteur car la portabilité ne serait pas limitée aux cas où le consommateur se trouve *effectivement* pour une période temporaire dans un État membre différent de celui où il réside habituellement. De plus, cette absence d'indication des critères pour définir quel est l'État de résidence habituelle rend ce règlement inapplicable. Il faudrait que la détermination de l'État de résidence soit automatique car il n'est pas envisageable d'obliger les prestataires de services de demander le certificat de résidence de tous leurs abonnés ni de leur imposer de conduire les mêmes investigations que les autorités fiscales, par exemple. L'objectif de ce règlement est de permettre la consommation des contenus en ligne lorsque le consommateur se trouve temporairement dans un autre pays de l'Union et le législateur ne peut pas imposer à la charge des prestataires des obligations disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi. Par conséquent, il serait opportun qu'à l'occasion des débats parlementaires une définition claire de l'État de résidence habituelle soit introduite dans le règlement.

Concernant le concept de 'présence temporaire', la proposition de règlement sous examen ne fixe pas une durée déterminée avec la conséquence que cette

⁷⁹ *ibid.*

période, pendant laquelle le consommateur peut accéder au service en ligne dans un pays différent de celui où il réside habituellement et où il a souscrit son abonnement, pourrait s'étendre sans limite. La Commission a motivé le choix de ne pas fixer de limites temporelles précises sur la base de trois arguments.⁸⁰ Premièrement, une limitation explicite empêcherait d'inclure des présences temporaires de durées différentes; deuxièmement, le règlement inclut des contenus de types différents (audiovisuels, musicaux *et cetera*), donc il serait difficile de fixer une durée unique pendant laquelle le consommateur aurait le droit d'accéder au service en ligne; enfin, la Commission affirme que, si la durée était définie, les prestataires seraient obligés de recourir à des moyens de contrôle intrusifs afin de déterminer précisément la période de présence du consommateur dans un autre État membre.

Cependant, les conséquences négatives d'un tel manque de précision apparaissent encore plus graves. Tout d'abord, il n'est pas clair qui doit définir cette durée et sur la base de quels critères. Ensuite, le règlement ne spécifie pas s'il faut considérer la durée totale de la présence du consommateur à l'étranger ou si le calcul recommencerait à chaque fois que le consommateur change de pays.⁸¹

Comme nous avons vu, cette absence de clarté peut entraîner un risque d'abus parce que le consommateur souscrivant un abonnement dans un pays pourrait ensuite avoir accès à ce service dans un autre État pour une durée *indéterminée*. Le risque d'une telle extension temporelle est d'entraîner une érosion complète du principe de territorialité car une licence octroyée dans un État permettrait de fournir des services dans un autre État sans limites temporelles.⁸² Le Parlement européen a affirmé que ce règlement ne doit pas remettre en cause le principe de territorialité du droit d'auteur puisque celui-ci garantit la diversité culturelle ainsi que le financement de l'industrie créative.⁸³ Pourtant, ce serait exactement ce qui pourrait arriver à la lumière de la formulation actuelle des dispositions.

⁸⁰ SWD (2015) 270 final (n 71) 25.

⁸¹ Mazziotti et Simonelli (n 78).

⁸² *ibid.*

⁸³ T. Madiega, 'Cross-border portability of online content services' (2016) European Parliamentary Research Service.

De plus, l'absence de clarté sur la durée de la présence temporaire irait à l'encontre du caractère obligatoire de ce règlement. En effet, la Commission a justifié le recours à cet instrument afin de garantir l'immédiateté d'application dans l'ensemble de l'Union au même temps mais si la durée devait être définie dans les contrats entre titulaires du droit d'auteur, prestataires et consommateurs, il faudrait attendre la conclusion de ces accords avant que la portabilité puisse être assurée.

Enfin, un dernier argument en faveur d'une définition claire de la présence temporaire mérite d'être mentionné. En effet, tout l'équilibre entre la portabilité des services en ligne et le respect du principe de territorialité repose sur l'étendue de la présence temporaire. Si cette durée se prolonge excessivement, le principe de territorialité du droit d'auteur serait *de facto* dépassé. En revanche, une durée trop courte ferait en sorte que ce règlement n'ait pas d'impact significatif et les consommateurs devraient continuer à faire face aux mesures de géoblocage de contenus légalement souscrits même à l'occasion d'un séjour relativement court dans un autre État de l'Union. Il s'agit d'un équilibre qui doit être fixé par le législateur et nous jugeons opportun que la présence temporaire soit *précisément* fixée. D'ailleurs, si l'objectif du Parlement est de sauvegarder le principe de territorialité, il est possible, à notre avis, qu'à l'occasion des débats, des amendements soient introduits afin de restreindre la durée de la présence temporaire pour que la dérogation au principe de territorialité ne soit pas excessive.⁸⁴ Cependant, il est aussi probable que le Parlement, au lieu de s'attarder sur une définition précise de la présence temporaire, choisisse de mieux clarifier les critères de rattachement de l'utilisateur à un certain pays. Cela permettrait de définir l'État membre de résidence où le consommateur peut souscrire un service portable en ligne, avec la conséquence que, dans tout autre État membre où il se trouvera, il pourra bénéficier de ce service pour une période limitée. Le choix (politique) entre une définition de la présence temporaire et une clarification des critères pour identifier l'État de résidence habituelle est remis au Parlement, mais il est évident, à notre avis, que des amendements sur un de ceux deux aspects sont nécessaires pour rendre effectivement applicable le futur règlement.

⁸⁴ Mazziotti et Simonelli (n 78).

V. CONCLUSIONS

La présente étude a montré comment la pratique du géoblocage détermine un morcellement du marché car elle divise l'espace numérique européen suivant les frontières nationales en empêchant la libre circulation transfrontière des contenus audiovisuels et musicaux en ligne et en bloquant la possibilité de profiter de ces contenus en raison de la localisation du point d'accès.

Sur la base de ces prémisses, la Commission a lancé en mai 2015 une stratégie pour un marché unique numérique dont un des objectifs est d'améliorer l'accès aux biens et services en ligne.⁸⁵ Elle a déclaré vouloir supprimer toute forme de géoblocage pour que les consommateurs ne doivent plus faire face à des mesures restrictives. Cependant, notre analyse a montré qu'il y a de nombreuses justifications au géoblocage. Certaines ont été probablement résolues grâce à l'intervention du législateur européen. Notamment, le caractère territorial absolu du droit d'auteur a été mitigé dans le secteur de la musique à travers la directive 2014/26/UE visant à faciliter l'octroi de licences multi-territoriales dans l'Union. De plus, un autre encouragement pour les offres transfrontalières découle de la possibilité de régler en ligne les litiges causés par un achat numérique afin d'éviter que les prestataires en ligne, lorsqu'ils offrent leurs services dans plusieurs États membres, doivent faire face à des juridictions étrangères dont les règles procédurales ainsi que les coûts peuvent être significativement différents. Cependant, d'autres raisons expliquant le géoblocage persistent car elles sont liées aux différences culturelles et économiques entre les États de l'Union. Cela justifierait encore un traitement différencié des consommateurs en raison de la localisation de leur point d'accès.

Jusqu'à présent la Commission a adopté une approche graduelle sur la question, visant l'harmonisation des règles, dans le but de réduire les entraves découlant du morcellement du cadre juridique européen. Cette approche doit être approuvée car il faut, à notre avis, que le développement d'une offre pan-européenne de contenus en ligne soit un résultat 'naturel' du marché et découle d'un choix autonome des prestataires. Plus spécifiquement, il faut que le législateur supporte et encourage ce développement, en supprimant les

⁸⁵ COM (2015) 192 final (n 4).

entraves, mais il ne faut pas imposer aux opérateurs en ligne une obligation absolue d'offrir des contenus à l'échelle européenne en interdisant simplement toute mesure de géoblocage. Une telle interdiction pourrait produire l'effet contraire et décourager les investissements au lieu d'entraîner une croissance économique. A partir du moment où il sera rentable de profiter de la libre circulation en ligne et de ne pas ériger de barrières entre les États, un marché unique numérique surgira spontanément, sans qu'il y ait besoin que le législateur européen impose une 'conscience privée européenne'⁸⁶ obligeant les opérateurs économiques à participer à la création du marché unique numérique.

Les premiers pas de la Commission dans le cadre de sa stratégie sur le marché unique numérique semblent aller dans cette direction. Sans doute une intervention du législateur était nécessaire car le cadre législatif actuel n'offrait pas de moyens aptes à contribuer à la création d'un marché unique numérique. Nous avons montré dans quelle mesure l'article 20(2) de la directive services n'était pas adéquat pour atteindre l'objectif d'un marché en ligne sans frontières.

Pour cette raison, la Commission a décidé d'intervenir avec des initiatives législatives. Cependant, au lieu d'avancer une proposition interdisant dans tous les cas que les prestataires en ligne puissent pratiquer des traitements différenciés en raison de l'État de résidence, la Commission a proposé un règlement visant à garantir la portabilité des services de contenus en ligne dans le marché intérieur comme première action. L'objectif louable est de faire en sorte qu'un consommateur ayant souscrit un abonnement à un service de contenu audiovisuel ou musical en ligne dans un État membre puisse accéder à ce service lorsqu'il se trouve temporairement dans un autre pays de l'Union sans faire face à des restrictions découlant du géoblocage.

Cependant, la proposition présente des lacunes car les concepts sur lesquels elle se base ne sont pas dûment définis. En particulier, nous estimons qu'une définition claire de 'présence temporaire' ainsi que d' 'État membre de résidence' est nécessaire pour que le futur règlement soit effectivement

⁸⁶ E. Dubout, 'Libertés de circulation et situations horizontales – la personne privée comme destinataire commun?' dans E. Dubout et A. Maitrot de la Motte (eds.), *L'unité des libertés de circulation : in varietate concordia ?* (Bruylant 2013) 108.

applicable et puisse atteindre l'objectif de garantir la portabilité des services en ligne dans l'UE. Ces clarifications sont tout à fait nécessaires si nous considérons que l'équilibre entre l'objectif de créer un marché unique numérique, d'un côté, et le respect du principe de territorialité du droit d'auteur, de l'autre, se fonde sur l'étendue du concept de 'présence temporaire'. Plus spécifiquement, une extension indéterminée de cette durée pourrait aller à l'encontre du principe de territorialité du droit d'auteur car le consommateur serait en mesure d'avoir accès pour une durée indéfinie à des contenus en ligne protégés par le droit d'auteur dans un pays où son prestataire ne dispose d'aucune licence d'exploitation. Par ailleurs, le Parlement a déclaré que ce règlement ne devra pas remettre en cause le principe de territorialité puisque celui-ci garantit la diversité culturelle ainsi que le financement de l'industrie créative et il est donc probable que des amendements seront introduits pour que ce principe soit sauvegardé. Pour l'instant, il faudra attendre les futurs développements en espérant que le législateur trouvera un équilibre garantissant une incitation de l'industrie créative de l'audiovisuel et de la musique ainsi que l'achèvement d'un marché unique numérique pour le bien-être des consommateurs européens.