

**Rapport de la mission sur la révision de la directive 2001/29/CE
sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur
et des droits voisins dans la société de l'information**

Décembre 2014

Chef de la mission :

Pierre Sirinelli, professeur à l'Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, membre du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique

Rapporteurs de la mission :

Alexandra Bensamoun, maître de conférences HDR, Université Paris-Sud

Christophe Pourreau, maître des requêtes, Conseil d'Etat

N.B. Ce rapport a été présenté lors de la séance plénière du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique du 18 novembre 2014. Les membres du Conseil ont fait valoir leurs observations à cette occasion ainsi que par écrit.

Introduction

Le présent rapport expose les enjeux d'une éventuelle évolution du cadre juridique européen en matière de droit d'auteur et, en particulier, d'une révision de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Dans une première partie, il dresse un bilan des auditions relatives à l'application de la directive 2001/29/CE et des réactions que suscite la perspective de sa révision.

Dans une deuxième partie, il expose certaines des difficultés apparues depuis l'adoption de la directive et évoque certaines des pistes d'évolution relatives au champ du droit d'auteur et des droits voisins ainsi qu'aux exceptions et limitations de ces droits.

Dans une troisième partie, il montre que les droits de propriété littéraire et artistique ne peuvent être envisagés comme s'ils existaient « en autarcie » et formule des propositions en vue de trouver un meilleur équilibre entre les droits et intérêts des auteurs et ceux des utilisateurs d'œuvres protégées et de renforcer l'effectivité du droit applicable, notamment au regard des dispositions de la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

1. Une révision de la seule directive 2001/29/CE ne serait pas à la hauteur des enjeux actuels de la protection du droit d'auteur

1.1. La perspective d'une révision de la seule directive 2001/29/CE suscite des réactions très majoritairement négatives

Conformément à sa lettre de mission, la mission a auditionné l'ensemble des parties intéressées par la révision de la directive 2001/29/CE. Si certains prestataires techniques et certains représentants des utilisateurs d'œuvres protégées sont favorables à sa révision, les réactions à cette perspective, notamment de la part des ayants droit, sont très majoritairement négatives.

1.1.1. La mission s'est efforcée d'auditionner l'ensemble des parties intéressées par la révision de la directive 2001/29/CE

Dans une communication sur le contenu dans le marché unique numérique du 18 décembre 2012¹, la Commission européenne a indiqué qu'elle poursuivrait deux démarches parallèles pour améliorer le fonctionnement du marché unique numérique, tout en garantissant un niveau élevé de protection des droits de propriété intellectuelle : d'une part, la recherche, dans le cadre d'un dialogue avec les professionnels intitulé *Licences for Europe*, de solutions pratiques, notamment des régimes de licences innovants, dans le cadre du cadre législatif existant, d'autre part, la révision du cadre législatif de l'Union européenne sur le droit d'auteur en vue de parvenir, en 2014, à une décision sur l'opportunité de soumettre au Conseil une proposition de réforme législative.

La perspective d'une réouverture des discussions au niveau européen sur la protection du droit d'auteur dans l'économie numérique a suscité interrogations et inquiétudes.

Eu égard à l'importance du sujet, le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique a chargé la présente mission de réfléchir aux enjeux d'une éventuelle évolution du cadre européen en matière de droit d'auteur et, en particulier, de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information².

Pour conduire cette réflexion, la mission a auditionné les représentants de l'ensemble des organisations et catégories intéressées par la protection du droit d'auteur.

Dans un premier temps, afin d'aider les parties à approfondir leur réflexion sur la révision de la directive 2001/29/CE, elle a élaboré un document recensant les questions susceptibles d'être examinées par la Commission européenne, qu'elle a adressé à l'ensemble de ses interlocuteurs, et, sur la base de ce document, organisé plusieurs réunions collectives portant successivement sur le droit d'auteur, les droits voisins du droit d'auteur et les prestataires techniques de l'Internet, afin de recueillir les premières réactions des organisations intéressées et de les inciter à réfléchir aux évolutions qui pourraient être recommandées dans l'hypothèse où la Commission européenne soumettrait au Conseil une proposition de révision de la directive.

¹ Consultable à l'adresse <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0789:FIN:FR:PDF>

² Voir la lettre de mission en annexe 1.

Dans un deuxième temps, elle a auditionné les associations, syndicats, sociétés de gestion collective représentant les auteurs, artistes interprètes, producteurs et éditeurs, prestataires techniques de l'Internet, ainsi que des représentants des utilisateurs et des personnalités qualifiées³, afin de recueillir leur diagnostic et leurs idées sur la protection du droit d'auteur dans l'univers numérique.

Elle a également rencontré des représentants de la direction de la propriété intellectuelle de la direction générale marché intérieur et services de la Commission européenne, pour avoir des précisions sur le calendrier de travail au niveau européen et les options susceptibles de se présenter.

Dans un troisième temps, avant et après que la Commission européenne a lancé une consultation publique sur la révision du cadre européen en matière de droit d'auteur, elle a à nouveau organisé des réunions collectives avec les sociétés de gestion collective et avec les organisations représentant les ayants droit pour faire le point sur leur opinion quant à la révision de la directive 2001/29/CE et leur soumettre des pistes d'évolution du droit européen en la matière.

1.1.2. Les réactions à la perspective d'une révision de la seule directive 2001/29/CE ont été majoritairement négatives

Il ressort des nombreuses auditions et contributions écrites recueillies par la mission que, parmi les organisations représentant les intérêts des ayants droit du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur, les réactions à la perspective d'une révision de la directive 2001/29/CE sont très majoritairement négatives.

Les critiques adressés à l'initiative de la Commission européenne sont de plusieurs ordres.

En premier lieu, l'idée même d'une révision du cadre juridique européen du droit d'auteur, indépendamment de la nature des amendements apportés au texte actuel, est rejetée.

En effet, eu égard à la sensibilité du sujet et aux positions divergentes des États membres, les négociations relatives à une révision de la directive 2001/29/CE seraient nécessairement longues, complexes et à l'issue incertaine.

Les discussions relatives à l'actuelle directive et les difficultés rencontrées pour la transposer en droit interne, près de cinq ans après son adoption, sont encore dans toutes les mémoires.

Par ailleurs, l'adoption d'une directive 2001/29/CE révisée rouvrirait une période d'incertitude quant aux règles applicables en matière de droit d'auteur, alors que les enjeux industriels et financiers attachés au droit d'auteur vont toujours croissant.

En effet, compte tenu du caractère général des dispositions de la directive et de l'apparition régulière de nouveaux services et de nouveaux usages dans l'univers numérique, les règles applicables sont parfois difficiles à déterminer, si bien que les juridictions suprêmes, européenne ou nationales, jouent un rôle essentiel dans la régulation juridique de l'univers numérique.

En conséquence, la grande majorité des organisations représentant les ayants droit, mais aussi des prestataires techniques de l'Internet estiment inopportun de bouleverser le cadre juridique applicable au moment où les principales questions soulevées par la directive 2001/29/CE et par les dispositions qui l'ont transposée en droit interne ont trouvé des réponses dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ou de la Cour de cassation.

³ Voir la liste des personnes et organisations auditionnées en annexe 2.

En deuxième lieu, les représentants des ayants droit redoutent que la révision de la directive 2001/29/CE aboutisse à un recul de la protection du droit d'auteur au niveau européen.

Le texte actuel de la directive est en effet relativement protecteur pour les ayants droit.

En effet, d'une part, la directive ne remet en cause ni la variété, ni la territorialité des droits d'auteur et des droits voisins au sein de l'Union européenne.

Ainsi, l'auteur d'une œuvre de l'esprit a la faculté de céder les différents droits patrimoniaux dont il est titulaire à titre exclusif – droit de reproduction, droit de communication ou de mise à disposition du public, droit de distribution – à des personnes et de façon différenciée selon les différents États membres.

D'autre part, la vingtaine d'exceptions et de limitations au droit de reproduction ou aux droits de reproduction et de communication ou de mise à disposition du public constituent non pas des droits pour leurs bénéficiaires, mais des exceptions au droit exclusif de l'auteur : elles ne peuvent donc pas être invoquées au soutien d'une action formée à titre principal, mais seulement en défense à une action en contrefaçon⁴.

Par ailleurs, hormis l'exception pour copie technique intermédiaire prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive, la mise en œuvre de ces exceptions et limitations constitue une simple faculté pour les États membres⁵.

Enfin, tout en chargeant les États membres de veiller à ce que les utilisateurs puissent effectivement bénéficier de certaines des exceptions existantes⁶, la directive prévoit, dans son article 6, une protection juridique contre le contournement des mesures techniques de protection des droits exclusifs.

Or, le contexte apparaît défavorable aux intérêts des auteurs et autres titulaires de droits exclusifs.

La réouverture des discussions sur le droit d'auteur interviendrait à une période où les utilisateurs paraissent moins sensibles à la nécessité d'une juste rémunération des auteurs et où les évolutions technologiques et économiques ont renforcé la position des prestataires techniques de l'Internet

Ainsi, alors que le maintien d'un juste équilibre entre les droits et intérêts des auteurs, d'une part, et l'accès aux œuvres protégées par les utilisateurs, d'autre part, devrait aujourd'hui conduire à renforcer les prérogatives des ayants droit, le risque serait grand que les négociations aboutissent à une réduction du champ du droit exclusif et à un allongement de la liste des exceptions au droit d'auteur.

En troisième lieu, les représentants des ayants droit critiquent la méthode retenue par la Commission européenne, qui consiste à examiner l'opportunité d'une révision de la seule directive 2001/29/CE, sans réfléchir à la cohérence d'ensemble des textes européens en

⁴ Voir sur ce point Cass. 1^{ère} civ., 28 février 2006, Société Studio Canal et autres c/ association UFC, n° 05-15.824 et 05-16.002 et 19 juin 2008, Perquin c/ société Films Alain Sarde et autres, n° 07-14.277.

⁵ Ainsi, la France n'a pas mis en œuvre en droit interne les exceptions au droit de reproduction pour enregistrements éphémères d'œuvres par des organismes de radiodiffusion ou pour la reproduction d'émissions par des institutions sociales sans but lucratif, prévues à l'article 5, paragraphe 2, points d et e, et les exceptions aux droits de reproduction, de communication ou de mise à disposition du public pour utilisation d'œuvres au cours de cérémonies religieuses ou officielles, pour les œuvres placées en permanence dans des lieux publics, pour les œuvres fortuitement incluses dans un autre produit ou pour les dessins ou plans d'immeubles aux fins de leur reconstruction, prévues à l'article 5, paragraphe 3, points g, h, i et m de la directive.

⁶ Il s'agit des exceptions pour reprographie, pour reproductions par les bibliothèques, musées et archives, pour enregistrement éphémère des œuvres par les radios pour leurs propres besoins, pour reproductions par les institutions sociales sans but lucratif, de l'exception en matière de recherche et d'enseignement, de l'exception handicap, de l'exception à des fins de sécurité publique et, sous certaines conditions, de l'exception pour copie privée, limitativement énumérées à l'article 6, paragraphe 4, de la directive.

matière de droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur et en excluant toute révision de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000⁷.

En effet, d'une part, le principal obstacle au respect du droit d'auteur tient aujourd'hui au régime protecteur dont bénéficient les prestataires techniques de l'Internet, qui, en application des dispositions de cette directive, sont exonérés de toute responsabilité quant aux informations qu'ils transmettent, stockent ou hébergent, quand bien même ils réalisent des actes mettant en œuvre le droit exclusif des auteurs.

D'autre part, la logique voudrait que ces deux directives, qui traitent toutes deux des aspects juridiques de l'économie numérique, même si le champ d'application de la directive 2000/31/CE est plus large, et dont le législateur européen avait indiqué qu'elles devaient entrer en vigueur au même moment⁸, soient révisées de façon concomitante.

Le fait de limiter la modification du cadre juridique européen du droit d'auteur à la révision de la directive 2001/29/CE renforce les risques de recul de la protection accordée au droit d'auteur.

Les réactions négatives des représentants des ayants droit à la perspective d'une révision de la seule directive 2001/29/CE ont été confortées par l'issue des discussions menées dans le cadre de *Licences for Europe* et par la teneur de la consultation publique de la Commission européenne sur la révision de la directive 2001/29/CE.

D'une part, les représentants des internautes, mais également des organisations représentant certaines catégories particulières d'utilisateurs – chercheurs et représentants des bibliothèques, par exemple – ont quitté les groupes de travail de *Licences for Europe* avant la fin des travaux. De ce fait, les résultats pratiques de ce dialogue structuré entre professionnels ont été limités.

Si certains représentants des ayants droit se réjouissent du relatif échec de cet exercice, l'attitude des utilisateurs et prestataires techniques témoignent de la confiance qu'ils ont en une modification prochaine de la directive allant dans le sens d'un assouplissement des règles du droit d'auteur.

D'autre part, la consultation publique sur la révision des règles européennes en matière de droit d'auteur lancée par la Commission européenne le 5 décembre 2013⁹ atteste des risques liés à une révision de la directive 2001/29/CE.

En effet, les questions posées portent majoritairement soit sur la territorialité des droits dans l'univers numérique et les inconvénients qui en résulteraient pour le bon fonctionnement du marché intérieur, soit sur l'allongement de la liste des exceptions et limitations au droit d'auteur et l'abandon de leur caractère optionnel pour les Etats membres.

1.1.3. Des prestataires techniques et certaines catégories d'utilisateurs sont néanmoins favorables à la révision de la directive 2001/29/CE

L'initiative de la Commission européenne et la perspective d'une révision de la directive 2001/29/CE ont suscité des réactions positives de la part tant de certains prestataires

⁷ Directive relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

⁸ Voir à ce sujet le considérant 50 de la directive 2000/31/CE, aux termes duquel : « Il est important que la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et la présente directive entrent en vigueur au même moment afin d'établir un cadre réglementaire clair en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires en cas de violation du droit d'auteur et des droits voisins au niveau communautaire. ».

⁹ Consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm

techniques de l'Internet que de certaines catégories d'utilisateurs et des associations de défense des consommateurs.

Les reproches adressés à l'actuelle directive par les prestataires techniques sont de trois ordres.

En premier lieu, ils estiment que la directive retient une conception traditionnelle des notions de droit de reproduction et de droit de communication au public, qui n'est pas adaptée à l'univers numérique.

Ainsi, selon ces opérateurs, les services offerts par le biais d'Internet impliquent des copies successives des œuvres, qui ne devraient pas être regardées comme mettant en œuvre le droit de reproduction, et des liens renvoyant de sites en sites, qui ne devraient pas être regardés comme mettant en œuvre le droit de communication ou de mise à disposition du public.

La crainte des prestataires est illustrée par l'incertitude qui existe quant aux réponses de la Cour de justice de l'Union européenne aux questions préjudicielles qui lui sont posées. À cet égard, la réponse récemment donnée par la Cour à la question de savoir si un lien hypertexte renvoyant vers une œuvre protégée figurant sur un autre site Internet constitue la mise en œuvre du droit de communication au public n'a pas levé toutes les interrogations¹⁰.

Par ailleurs, certains prestataires défendent également l'idée que les échanges de fichiers, d'images ou de vidéos entre personnes privées par le biais de sites Internet ne devraient pas être regardés comme mettant en œuvre le droit de communication ou de mise à disposition du public.

En deuxième lieu, ils considèrent que la territorialité du droit d'auteur et l'existence d'une longue liste d'exceptions et limitations facultatives sont des obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur.

Ils plaident pour que la logique d'une liste d'exceptions strictement interprétées soit abandonnée et que la question de savoir si un acte met en œuvre ou échappe au droit exclusif ne dépende que du résultat du test en trois étapes prévu à l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29/CE¹¹.

A défaut, le plus grand nombre possible d'exceptions devrait être harmonisées au niveau européen, qu'il s'agisse de leur existence, qui devrait être rendue obligatoire, ou des conditions et modalités de leur mise en œuvre.

En troisième lieu, ils estiment que les dispositions de la directive qui autorisent les États membres à prendre des mesures appropriées contre les atteintes au droit d'auteur, notamment son article 8, paragraphe 3¹², qui prévoit que, sur requête des titulaires de droits, des mesures puissent être prises à leur encontre au motif que leurs services sont utilisés pour porter atteinte au droit d'auteur, quand bien même ils ne seraient pas responsables de cette atteinte, sont trop générales et ont donné lieu à des décisions contestables.

Ainsi, c'est en vertu de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, transposant en droit interne l'article 8, paragraphe 3, de la directive, que la Cour de cassation a jugé qu'une organisation professionnelle pouvait enjoindre à Google de supprimer les termes

¹⁰ Voir CJUE, 13 février 2014, Svensson, aff. C-466/12. D'autres questions préjudicielles sur des sujets proches sont pendantes devant la Cour

¹¹ Article 5 : « (...) 5. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. ». Ce test est repris de l'article 9, paragraphe 2, de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 modifiée.

¹² Article 8 : « (...) 3. Les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin. ».

supplémentaires suggérés lors des requêtes des internautes et qui orientaient ces derniers vers des sites permettant le téléchargement illicite d'œuvres protégées¹³.

C'est également en vertu de ces dispositions que le tribunal de grande instance de Paris a ordonné aux fournisseurs d'accès à Internet et aux moteurs de recherche de prendre toutes mesures propres à empêcher l'accès, à partir du territoire français, aux sites du réseau « Allostreaming »¹⁴.

Quant aux utilisateurs et associations de consommateurs, ils attendent surtout de la révision de la directive 2001/29/CE soit un élargissement du champ de certaines exceptions et limitations existantes au droit d'auteur, dont ils estiment qu'elles sont définies de façon excessivement restrictive, soit la création de nouvelles exceptions, afin de tenir compte d'usages qui n'étaient pas développés il y a une dizaine d'années.

Les demandes d'élargissement concernent surtout les exceptions en faveur des bibliothèques et les exceptions à des fins de recherche et à des fins pédagogiques. Les premières sont jugées technologiquement inadaptées aux attentes des utilisateurs. Les secondes sont critiquées en tant que les différences de transposition entre les États membres freinent les opérations transfrontalières, fréquentes dans le domaine de la recherche¹⁵.

Les demandes de création de nouvelles exceptions au droit d'auteur concernent notamment les activités dites de *text and data mining* (TDM), qui consistent en des traitements informatiques appliqués à des ensembles de textes ou de bases de données en vue d'en extraire des connaissances nouvelles, ainsi que les œuvres dites transformatives et, plus généralement les *user-generated contents* (UGC), entendus comme des œuvres élaborées à partir d'une œuvre préexistante.

Des vœux ont également été formulés quant à une meilleure harmonisation de l'exception pour copie privée, qu'il s'agisse des conditions de l'exception – et par voie de conséquence de son champ d'application – que de ses modalités de compensation.

Nonobstant ces prises de position de certains prestataires et catégories d'utilisateurs, et ainsi qu'il a été dit précédemment, il ressort des consultations menées par la mission que la grande majorité des organisations auditionnées par la mission est opposée à une réouverture des négociations relatives à la directive 2001/29/CE.

1.2. La circonstance que seule la directive 2001/29/CE soit révisée, et ce dans le sens d'un assouplissement du droit d'auteur, explique la teneur de ces réactions

Les réactions négatives à la perspective de la révision de la seule directive 2001/29/CE s'expliquent principalement par le fait que, dans le contexte de l'affaiblissement de la protection du droit d'auteur au niveau européen, l'heure devrait être au réexamen de la pertinence du régime protecteur offert aux prestataires techniques de l'Internet par la directive 2000/31/CE.

¹³ Voir Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, SNEP c/ société Google France, n° 11-20.358.

¹⁴ Voir TGI Paris, 28 novembre 2013, APC et autres c/ SAS Auchan Télécom et autres, n° 11/60013.

¹⁵ Prévues à l'article 5, paragraphe 2, point c et paragraphe 3, points a et n de la directive 2001/29/CE et à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2006/115/CE.

1.2.1. Le régime d'irresponsabilité des prestataires techniques de l'Internet a affaibli la protection du droit d'auteur

Les prestataires de services en ligne – tels que Google, YouTube, Dailymotion ou Facebook – ont bénéficié, pour se développer, du statut protecteur offert par les articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE, et notamment du statut d'hébergeur, prévu à son article 14.

En vertu de ces dernières dispositions, les prestataires dont l'activité consiste à stocker des informations fournies par des tiers ne sont pas responsables des informations stockées, à condition, d'une part, qu'ils n'aient pas connaissance du caractère illicite de l'activité des fournisseurs ou des informations qu'ils ont fournies et, d'autre part, que, dès qu'ils ont connaissance du caractère illicite de certaines informations et fichiers, ils les retirent promptement ou en rendent l'accès impossible.

Le régime d'irresponsabilité ainsi délimité constitue une exception au mouvement historique de responsabilisation des opérateurs économiques à raison des dommages causés par leur activité.

Il était justifié par la volonté de créer un cadre juridique assurant la libre prestation de services de la société de l'information et, par suite, le développement d'infrastructures et d'opérateurs techniques de l'Internet performants.

Ainsi qu'il est énoncé au considérant 42 de la directive 2000/31/CE, *« les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées. »*.

Le régime d'irresponsabilité était donc conçu de façon étroite et ne devait s'appliquer qu'à certaines opérations techniques déterminées, permettant d'améliorer la circulation des données entre les utilisateurs de l'Internet. Toutefois, les juridictions européenne et nationales ont retenu une acception plus large des notions d'activités de transport, de stockage ou d'hébergement sur Internet.

D'une part, dans un arrêt certes rendu en matière de propriété industrielle à propos des liens commerciaux proposés par Google, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que l'article 14 de la directive 2000/31/CE s'applique au prestataire de services de référencement sur Internet dès lors qu'il est établi qu'il ne joue pas *« un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées »*¹⁶.

D'autre part, la Cour de cassation a jugé que des sociétés de mise en ligne de vidéos ou de référencement de photos sur Internet peuvent revendiquer le statut d'hébergeur, dès lors, notamment, qu'elles ne procèdent à aucune opération de sélection des contenus, la circonstance que de tels sites donnent lieu à la commercialisation d'espaces publicitaires étant sans incidence sur le statut de ces prestataires¹⁷.

Pour peu qu'ils veillent à ne pas s'immiscer dans la sélection et la mise en forme des contenus, les prestataires de services en ligne ou les sites marchands paraissent donc pouvoir bénéficier du statut d'irresponsabilité conditionnée prévu par la directive 2000/31/CE.

¹⁶ Voir CJUE, 23 mars 2010, Google Inc. c/ Louis Vuitton, aff. C-236/08 à C-238/08, points 109 à 120.

¹⁷ Voir Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, Carion c/ société Dailymotion, n° 09-67.896 et 12 juillet 2012, Société Auféminin.com c/ Philippot, n° 11-15.165 et 11-15.188.

Il paraît pourtant difficile de soutenir, ainsi que le prévoit pourtant l'article 14 de la directive 2000/31/CE, relatif à l'activité d'hébergement, que des opérateurs tels que Google ou Dailymotion sont les seuls destinataires du service de moteur de recherche ou de référencement de photos et vidéos et que les services qu'ils rendent consistent uniquement à améliorer la qualité technique de la transmission d'informations ou à stocker temporairement des données.

Or, ce régime d'irresponsabilité a un effet équivalent à une limitation au droit d'auteur.

Certes, d'une part, les prestataires techniques sont responsables des œuvres protégées figurant sur leur site dont ils savent qu'elles ont été conçues ou transmises en méconnaissance des règles du droit d'auteur et, d'autre part les autorités nationales conservent la possibilité d'exiger de ces prestataires qu'ils retirent des contenus illicites (*take down*).

Mais, hormis les plus puissants d'entre eux, les ayants droit ne disposent pas des ressources leur permettant de repérer à tout instant les contenus illicites figurant sur Internet et d'en obtenir le retrait.

En outre, ce régime exonère les prestataires techniques de toute vérification *a priori* de la licéité des textes, photos ou vidéos mis en ligne sur leurs sites et interdit aux autorités administratives ou aux juridictions nationales d'exiger de ces prestataires qu'ils préviennent la réapparition de contenus illicites précédemment retirés (*stay down*) ou qu'ils mettent en place des dispositifs généraux de surveillance et de filtrage des contenus ainsi référencés¹⁸.

Il résulte ainsi du régime d'irresponsabilité des prestataires techniques de l'Internet, tel qu'interprété par la jurisprudence, que la protection du droit d'auteur dans l'économie numérique n'est pas toujours efficacement assurée.

1.2.2. L'heure est venue de s'interroger sur le bien-fondé du maintien de ce régime dérogatoire

Les modifications profondes de l'économie de la création au cours des dix dernières années justifient que soit posée la question de la révision concomitante de la directive 2000/31/CE.

En premier lieu, la technologie numérique a redéfini la chaîne de valeur dans l'économie de la culture, au détriment des auteurs, interprètes ou producteurs d'œuvres protégées et en faveur des prestataires de services de communication en ligne.

Depuis une quinzaine d'années, de nouveaux biens d'équipement et de nouveaux services sont nés, grâce notamment au développement des accès à Internet à haut débit.

Ces nouveaux services ont facilité l'accès aux biens culturels, mais aussi modifié leur mode de consommation.

D'une part, un déplacement de la consommation de biens culturels des canaux de diffusion traditionnels vers l'Internet a été constaté.

Ainsi, la consommation de biens culturels figure parmi les principaux usages que le public fait de l'Internet : selon le baromètre Ifop/Hadopi¹⁹, 65% des internautes utilisent l'Internet pour s'informer de l'actualité, 47% pour écouter de la musique, regarder des vidéos ou lire des

¹⁸ Voir CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c/ Sabam*, aff. C-70/10, points 37 et s. et 16 février 2012, *Sabam c/ Netlog*, aff. C-360/10, points 35 et s. et Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2012, *Société Google France c/ société Bac Films*, n° 11-13.666.

¹⁹ Voir l'étude de la Hadopi, Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français, janvier 2013 : <http://hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI-160113-BU2-Complet.pdf>

livres en ligne et 18% pour jouer à des jeux vidéo en ligne, ces pourcentages étant supérieurs chez les populations les plus jeunes.

Par ailleurs, les échanges et les achats en ligne ont crû de façon exponentielle au cours des dernières années : selon les données communiquées par Eurostat²⁰, au sein de l'Union européenne, 38% des particuliers ont commandé des biens ou services sur Internet en 2013, alors qu'ils n'étaient qu'une petite minorité en 2002. Ce pourcentage atteint 44% en France et 71% au Royaume-Uni.

D'autre part, de nouveaux modes de consommation des biens culturels sont apparus, marqués par l'émergence de modèles gratuits, financés par la publicité, notamment dans les secteurs de la musique et des productions audiovisuelles.

Ainsi, selon le baromètre Ifop/Hadopi précité, 88% des consommateurs de séries télévisées en ligne le font uniquement ou le plus souvent gratuitement, de même que 87% des consommateurs de musique et de photographies et 82% des consommateurs de films.

Il résulte de cette évolution des modes de consommation des biens culturels que la chaîne de valeur de l'économie de la culture a été redéfinie.

D'une part, la part de la valeur captée par les fabricants de biens de communication à destination du grand public (ordinateurs, tablettes, smartphones) et par les prestataires de services de communication en ligne (Apple, Google, Facebook, Amazon notamment) a crû fortement.

Les prestataires de services de communication en ligne jouent désormais le rôle d'intermédiaire entre les créateurs de contenus et les consommateurs et peuvent se passer des services des éditeurs. Ils sont dès lors en position de force pour monétiser leurs services sous la forme de la commercialisation de bandeaux publicitaires.

D'autre part, la part de la valeur captée par les créateurs et les éditeurs a décliné sous l'effet, premièrement, de la modification des comportements en faveur de la consommation gratuite de biens culturels et, deuxièmement, du pouvoir de marché des prestataires de services de communication en ligne.

Selon une étude réalisée par le cabinet Arthur D. Little²¹ et relative aux revenus des trente principaux représentants de chaque catégorie d'acteurs de l'économie numérique, le chiffre d'affaires des prestataires de services de communication en ligne et des fabricants de biens de consommation a crû respectivement de 152% et de 68% entre 2006 et 2011, tandis que le chiffre d'affaires des fournisseurs de contenus a crû de seulement 10% sur la même période.

En deuxième lieu, des opérateurs économiques puissants se sont imposés dans le secteur de l'économie numérique.

Les sites de vidéos en ligne tels que YouTube et Dailymotion, les réseaux sociaux tels que Facebook, les services d'écoute de musique en *streaming* à la demande, tels que iTunes ou Deezer, les banques d'images sur Internet, telles que Shutterstock ou Fotolia, n'existaient pas en 2001. A cette date, Netflix n'avait pas non plus développé son service de vidéo à la demande.

Ces entreprises sont aujourd'hui, dans leurs secteurs respectifs, des acteurs puissants, voire dominants. Dès lors, la question du maintien du régime de responsabilité dérogatoire dont ils se prévalent doit être posée.

En troisième lieu, les prestataires techniques de l'Internet ont gagné des parts de marché au détriment des distributeurs traditionnels de programmes culturels, tels que les chaînes de

²⁰ Voir <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=fr&pcode=tin00067&plugin=1>

²¹ Voir l'étude réalisée pour la Fédération française des télécommunications, L'Economie des télécoms, octobre 2012, portant sur la période 2006-2011.

télévision ou les distributeurs de films, et réduit la valeur des programmes produits par ces opérateurs.

A cet égard, il est significatif que, prenant acte de ce que les plates-formes de vidéo en ligne sont devenus un média à part entière, le groupe Canal + ait récemment conclu avec YouTube un accord pour la diffusion de ses programmes gratuits sur des chaînes YouTube spéciales.

Or, ces éditeurs et distributeurs, notamment les groupes Canal + et TF1 dans le domaine du cinéma, sont, avec les pouvoirs publics, les principaux financeurs de la création artistique, par le biais de leurs obligations de coproduction et des taxes affectées au financement de la création.

S'agissant des obligations de coproduction, Canal + doit ainsi consacrer chaque année au moins 12,5% de ses ressources à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes, dont au moins 9,5% à l'acquisition de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques d'expression originale française, et 4,8% de ses ressources à la production d'œuvres audiovisuelles européennes ou d'expression originale française²².

Les chaînes en clair qui diffusent plus de 52 films par an doivent consacrer au moins 3,2% de leur chiffre d'affaires à la production d'œuvres cinématographiques européennes, dont au moins 2,5% à la production d'œuvres cinématographiques d'expression originale française²³.

Il en résulte qu'en 2012, les chaînes de télévision ont été les principaux financeurs des films d'initiative française, avec des apports d'environ 340 millions d'euros, soit 32% du total des apports, dont 186 millions d'euros pour Canal +²⁴.

S'agissant du financement par le biais de recettes fiscales, il est également important dans le domaine du cinéma par le biais du compte de soutien du Centre national de la cinématographie et de l'image animée.

Dans une logique de contribution de l'aval à la création, plusieurs taxes servent en effet au financement du cinéma²⁵, parmi lesquelles les plus importantes sont la taxe sur les entrées en salle de cinéma²⁶ (138 millions d'euros en 2012), la taxe sur les ventes et locations de vidéogrammes²⁷ (31 millions d'euros en 2012) et, surtout, la taxe sur les services de télévision²⁸, acquittée à la fois par les éditeurs (les chaînes de télévision : 295 millions d'euros en 2012) et les distributeurs (notamment les fournisseurs d'accès à Internet et les opérateurs de téléphonie mobile : 229 millions d'euros en 2012) de ces services.

Or, la taxe sur les services de télévision acquittée par les éditeurs est notamment assise sur les ressources publicitaires et les sommes versées en rémunération des appels surtaxés et des SMS liés à la diffusion de programmes télévisés.

Ainsi, toute réduction de l'audience et du chiffre d'affaires des chaînes de télévision, mais également toute baisse de la fréquentation des salles de cinéma a un impact sur le financement de la création.

²² Voir les articles 35 et 40 du décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre.

²³ Voir l'article 3 du décret du 2 juillet 2010 précité.

²⁴ Voir le rapport de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale des affaires culturelles, L'apport de la culture à l'économie en France, décembre 2013, partie II, p. 29.

²⁵ Voir l'annexe 8, Culture, création, transmission des savoirs et démocratisation de la culture, au rapport de la Commission des finances relatif au projet de loi de finances pour 2014.

²⁶ Voir les articles L. 115-1 à L. 115-5 du code du cinéma et de l'image animée.

²⁷ Voir l'article L. 116-1 du code du cinéma et de l'image animée et l'article 1609 sexdecies B du code général des impôts.

²⁸ Voir les articles L. 115-6 à L. 115-13 du code du cinéma et de l'image animée.

Le soutien à la création culturelle est donc menacé par la montée en puissance de prestataires de services de communication en ligne qui ne participent aucunement au financement de la politique culturelle et captent une part croissante du marché publicitaire.

C'est pourquoi, en septembre 2013, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a indiqué que les plateformes de partage de vidéos, au motif qu'ils jouent un rôle proche de celui d'un éditeur, devaient être soumises aux mêmes obligations de financement de la création que les autres éditeurs de services de vidéo ou de télévision²⁹.

Les bouleversements de l'économie de la culture et leurs incidences sur le financement de la création justifient que soit réexaminé le régime juridique des prestataires techniques de l'Internet.

1.2.3. Une harmonisation et une réduction de la protection du droit d'auteur n'apparaissent pas opportunes

Les objectifs d'harmonisation accrue et d'assouplissement de la protection du droit d'auteur mis en avant dans la communication de la Commission européenne apparaissent contestables.

En premier lieu, une harmonisation accrue des règles européennes en matière de droit d'auteur n'apparaît pas prioritaire.

S'agissant de la territorialité des droits, la nécessité d'une harmonisation supplémentaire n'est pas documentée.

D'une part, de nombreux biens culturels demeurent aujourd'hui conçus pour un pays particulier et nécessitent des adaptations – des traductions par exemple – pour être commercialisés dans d'autres États membres.

D'autre part, des licences multiterritoriales pour l'exploitation en ligne d'œuvres protégées sont aujourd'hui accordées, sans que cela ne paraisse porter atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur.

S'agissant des exceptions, les marges de manœuvre des États membres dans leur transposition en droit interne ont été encadrées.

Il résulte en effet de la jurisprudence que, si ces exceptions et limitations constituent des dérogations à la règle générale de protection du droit d'auteur et doivent, par suite, être d'interprétation stricte, les États membres qui décident de transposer de telles exceptions ou limitations en droit interne doivent garantir leur effet utile et respecter leur finalité, qui est de « maintenir un juste équilibre entre les droits et intérêts des auteurs, d'une part, et ceux des utilisateurs d'objets protégés, d'autre part »³⁰.

Ainsi, dans une logique d'harmonisation des législations des États membres, la Cour de justice de l'Union européenne semble fixer un niveau minimal à la mise en œuvre d'une exception.

Au-delà, si on peut défendre l'idée d'un traitement différencié des exceptions et envisager que plusieurs d'entre elles, et non plus seulement l'exception pour copie technique intermédiaire prévue à l'article 5, paragraphe 1, de la directive, deviennent obligatoires, la nécessité de remettre en cause plus globalement leur caractère facultatif n'est pas établie.

²⁹ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Réponse à la consultation publique de la Commission européenne sur le Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs ».

³⁰ Voir CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League, aff. C-403/08 et C-429/08, points 162 à 164 et 1^{er} décembre 2011, Painer, aff. C-145/10, points 132 à 134.

En effet, la liste des exceptions figurant à l'article 5 de la directive correspond à la compilation de demandes ou de traditions nationales exprimées lors des négociations préalables à l'adoption de la directive. Chacune d'elles ne répond donc pas à un besoin dans l'ensemble des États membres.

En second lieu, l'heure n'est pas à la réduction de la protection du droit d'auteur.

D'une part, dans le contexte économique actuel, marqué par le transfert de valeur en faveur des prestataires de services de communication en ligne, réduire le champ du droit exclusif rendrait la situation des ayants droit encore plus fragile.

Dès lors, si, ainsi qu'il a été précédemment exposé, des revendications fortes émanent de certaines catégories d'usagers – notamment les bibliothèques et les mondes de la recherche et de l'enseignement –, elles ne sauraient être largement accueillies.

D'autre part, plus largement, l'économie de la culture a été identifiée comme un secteur d'avenir pour l'Europe et pour la France.

Un rapport récent³¹ a abouti à la conclusion que les activités culturelles représentent en France une valeur ajoutée de 57,8 milliards d'euros, soit 3,2% de la totalité des valeurs ajoutées, c'est-à-dire l'équivalent de l'agriculture et des industries agroalimentaires et sept fois la valeur ajoutée de l'industrie automobile.

En outre, certains secteurs de la culture ont un fort effet d'entraînement sur le reste de l'économie. C'est particulièrement le cas de l'audiovisuel, pour lesquels les consommations intermédiaires non culturelles représentent respectivement 66% et 58% de la valeur de la production totale³².

Enfin, les industries de contenus sont moins sensibles au coût du travail, et les pays européens y disposent de positions plus fortes que dans les industries de biens de consommation ou de biens d'équipement. Ainsi, sept des dix premiers groupes d'édition mondiaux sont européens.

Or, l'économie de la culture ne peut prospérer que si les créateurs ont la perspective de voir leurs créations rémunérées et les investisseurs la perspective de rentabiliser leurs investissements, ce qui implique de préserver un niveau de protection efficace du droit d'auteur.

Ainsi, la révision de la seule directive 2001/29/CE dans le sens d'un assouplissement du niveau de protection du droit d'auteur ne paraît de nature à répondre aux défis auxquels fait aujourd'hui face l'économie de la culture.

1.3. Le cadre juridique européen en matière de droit d'auteur ne doit être réexaminé que de façon globale et équilibrée

Une révision du cadre juridique européen en matière de droit d'auteur n'est justifiée que si elle est globale et concourt à un renforcement des garanties offertes aux créateurs.

³¹ Rapport de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale des affaires culturelles, *op. cit.*, p. 1.

³² *Ibid.*, p. 8.

1.3.1. La révision du cadre juridique européen en matière de droit d'auteur doit être globale

Premièrement, ainsi qu'il a été précédemment exposé, la révision de la directive 2001/29/CE doit s'accompagner d'une révision de la directive 2000/31/CE ou, à tout le moins, d'un réexamen du régime juridique des prestataires techniques de l'Internet.

Au demeurant, le considérant 16 de la directive 2001/29/CE³³ fait le lien entre les deux textes.

À défaut, la directive 2001/29/CE devrait prévoir des dispositions relatives au régime juridique des prestataires techniques de l'Internet dans la mesure où ils réalisent ou concourent à la réalisation d'actes qui mettent en œuvre le droit exclusif des auteurs

Deuxièmement, la révision de la directive 2001/29/CE doit également être l'occasion de renforcer l'effectivité du droit d'auteur.

Or, si l'article 8 de la directive charge les États membres de prévoir des sanctions et voies de recours contre les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect de ces droits figurent dans la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004, qui dispose notamment qu'il incombe aux États membres de veiller à ce que les autorités judiciaires puissent rendre des ordonnances de référé ou ordonner la saisie ou la remise de marchandises en cas d'atteinte imminente à un droit protégé par la directive 2001/29/CE.

Par suite, la révision de la directive 2001/29/CE devrait également s'accompagner d'une révision de la directive 2004/48/CE.

Troisièmement, la révision de la directive 2001/29/CE devrait être l'occasion de mettre un terme à l'accumulation de textes successifs en matière de droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur, qui nuit à l'intelligibilité d'ensemble, et, de travailler à une consolidation des règles européennes en ce domaine.

1.3.2. La révision du cadre juridique européen doit aller dans le sens d'une consolidation de la protection du droit d'auteur

Le secteur de la culture a un rôle croissant dans les économies européennes, et les investissements dans la production d'œuvres culturelles sont de plus en plus coûteux.

Dès lors, il importe de veiller à ce que les créateurs soient justement rémunérés pour les œuvres qu'ils ont réalisés et que les investisseurs aient des garanties quant au fait que les productions qu'ils financent ne seront pas piratées ou contrefaites.

Ainsi, le droit d'auteur, en tant qu'il permet de maintenir un équilibre entre les intérêts des auteurs et l'accès aux œuvres protégées par les utilisateurs, n'a rien perdu de son utilité et de son actualité.

³³ « La question de la responsabilité relative aux activités réalisées dans un environnement de réseau concerne non seulement le droit d'auteur et les droits voisins mais également d'autres domaines, tels que la diffamation, la publicité mensongère ou le non-respect des marques déposées. Cette question est traitée de manière horizontale dans la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, qui clarifie et harmonise différentes questions juridiques relatives aux services de la société de l'information, y compris le commerce électronique. La présente directive doit être mise en œuvre dans un délai analogue à celui fixé pour la directive sur le commerce électronique, étant donné que ladite directive établit un cadre harmonisé de principes et de dispositions qui concernent, entre autres, certaines parties importantes de la présente directive. La présente directive est sans préjudice des dispositions relatives à la responsabilité de ladite directive. »

La révision du cadre juridique européen doit donc se fixer pour objectif, non d'assouplir la protection du droit d'auteur, mais de la consolider, afin que les potentialités offertes par les technologies numériques n'aboutissent pas à tarir la production d'œuvres protégées.

Dès lors, les réflexions conduites au niveau européen ne doivent pas conduire à l'allongement ou à l'adaptation de la liste des exceptions au droit d'auteur, mais à la consolidation du champ du droit exclusif, à la réduction du nombre des exceptions et à la promotion des outils contractuels permettant aux ayants droit de céder l'exploitation des droits qu'ils détiennent dans des conditions favorisant la diffusion des œuvres de l'esprit.

2. Si des améliorations peuvent être suggérées pour faire évoluer la directive 2001/29/CE, le contenu de la protection doit être préservé

Envisager le contenu de la protection, c'est, en positif, déterminer le champ des droits patrimoniaux et, en négatif, appréhender les exceptions aux droits patrimoniaux. Sur ces différentes questions, il apparaît d'évidence que des lacunes se sont fait jour. Or le comblement, sous forme d'interprétation, par le juge européen, lorsqu'il a été fait, a suscité des incertitudes, voire des inquiétudes. Notamment lorsque l'interprétation – qui a des effets « rétroactifs » – est faite *contra legem*.

Enfin, le contenu de la protection ne peut faire abstraction de la question de la territorialité qui participe de la détermination des frontières du monopole, certains considérant que la territorialité des droits est un obstacle au marché unique.

Aussi, certains soutiennent que la Commission devrait intervenir pour opérer une clarification des notions sans laquelle le marché unique ne saurait exister. La mission a une position moins automatique sur ces questions.

Ainsi, la préservation du contenu de la protection se traduit dans les droits patrimoniaux (2.1.), les exceptions aux droits patrimoniaux (2.2.) et la territorialité (2.3.)

2.1. Les droits patrimoniaux doivent être préservés tout en maintenant la structure du monopole

Les débats organisés dans le cadre de la mission ont fait apparaître une très grande insatisfaction des différents acteurs à propos de la détermination du contenu de la protection accordée. L'essentiel des griefs est adressé à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui paraît prendre des libertés tant avec les textes internationaux qu'avec les textes européens eux-mêmes (2.1.1.). Pour autant, cette profonde insatisfaction face à la situation actuelle n'entraîne pas nécessairement une demande de remise à plat des articles 2, 3 et 4 de la directive 2001/29/CE (à l'origine des travaux d'interprétation de la CJUE) tant est prégnante la crainte de voir une éventuelle réouverture de la directive avoir pour conséquence un abaissement du niveau de la protection. Cette crainte est moins présente lorsqu'il s'agit d'aborder un autre texte européen qui traite des droits patrimoniaux : la directive 2011/77 du 27 septembre 2011 relative à la durée de protection de certains droits voisins (2.1.2.).

2.1.1. Les contours du monopole doivent être précisés

La définition légale du monopole (2.1.1.1.) est apparue très imprécise et propice à l'insécurité juridique, suscitant des propositions d'évolutions ponctuelles éventuelles (2.1.1.2.). A partir de ces éléments de réflexion, la mission formulera des propositions générales (2.1.1.3.).

2.1.1.1 La définition légale du monopole

La directive 2001/29/CE a retenu une approche synthétique du monopole d'exploitation, distinguant aux articles 2, 3 et 4 le droit de reproduction, le droit de communication au public (ou de mise à disposition du public) et le droit de distribution. Les principales prérogatives que sont le droit de reproduction et le droit de communication au public sont définies largement et reprennent en grande partie les traités OMPI du 20 décembre 1996.

Article 2

Droit de reproduction

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

- a) pour les auteurs, de leurs œuvres ;*
- b) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;*
- c) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;*
- d) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;*
- e) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.*

Article 3

Droit de communication d'œuvres au public et droit de mettre à la disposition du public d'autres objets protégés

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

2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :

- a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;*
- b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;*
- c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;*
- d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.*

3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.

Article 4

Droit de distribution

- 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute forme de distribution au public, par la vente ou autrement, de l'original de leurs œuvres ou de copies de celles-ci.*
- 2. Le droit de distribution dans la Communauté relatif à l'original ou à des copies d'une œuvre n'est épuisé qu'en cas de première vente ou premier autre transfert de propriété dans la Communauté de cet objet par le titulaire du droit ou avec son consentement.*

L'harmonisation réalisée par la directive 2001/29/CE ne touche pas directement la mise en œuvre des prérogatives nationales. En effet, dans la mesure où l'objectif est la société de l'information, elle ne concerne que les actes d'exploitation transfrontaliers.

Cependant, il apparaît que cet élément est souvent négligé et que la CJUE a pu faire de cette directive le « droit commun » de la propriété littéraire et artistique, indépendamment de toute idée de relations transfrontalières³⁴.

Aussi, il importe de cerner avec précision les définitions des prérogatives européennes si l'on doit considérer que le monopole en dépend au moins partiellement. En effet, la technique adoptée, par l'utilisation de définitions larges et abstraites, a le mérite de permettre une adaptabilité du droit, mais aussi l'inconvénient de susciter une certaine insécurité juridique.

2.1.1.2 Les évolutions éventuelles

Face à l'évolution des techniques et des usages et devant une jurisprudence foisonnante et parfois critiquable, le législateur européen paraît ressentir le besoin, exprimé à de nombreuses reprises, d'intervenir ; le souhait peut être celui de tracer les lignes propres à définir sa politique, permettant ainsi d'assurer aux acteurs une sécurité juridique indispensable aux prévisions économiques. Il importe en effet que les acteurs aient une connaissance exacte des contours du monopole. À cette fin, le législateur européen pourrait clarifier ou actualiser les définitions des prérogatives. Son intervention serait d'autant plus importante qu'en l'état de la jurisprudence, le monopole d'exploitation se dessine au coup par coup, au gré des jurisprudences liées à des hypothèses particulières.

Différentes voies de réflexion peuvent être évoquées : celle de la confusion des prérogatives, qui ne semble d'ailleurs plus d'actualité, celle des conditions exactes d'application de la règle de l'épuisement du droit de distribution et, enfin, celle de la définition du droit de communication au public aujourd'hui.

Sur la confusion des prérogatives

D'aucuns se prononcent en faveur d'une prérogative unique, afin qu'un même acte puisse être appréhendé de manière indivisible. Cette proposition repose sur l'observation que l'utilisation des œuvres en ligne implique nécessairement à la fois une reproduction et une représentation. L'idée sous-jacente est sans doute la création d'un point d'entrée unique. Cette confusion des droits pourrait sembler, à première vue, simplifier l'utilisation des œuvres en ligne. Mais en réalité, elle n'empêcherait pas l'auteur de morceler ses droits et donc d'obliger les utilisateurs éventuels à s'adresser à différents titulaires. En outre, elle constituerait une remise en cause profonde de la vision française du monopole. Enfin, le souci est sans doute davantage de pouvoir assurer une meilleure articulation des prérogatives que d'opérer une confusion.

³⁴ Voir CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany*, point 44 : « il convient de vérifier si l'interface utilisateur graphique d'un programme d'ordinateur peut bénéficier de la protection du droit d'auteur de droit commun en vertu de la directive 2001/29 ».

Aussi, la mission ne souhaite pas retenir cette voie.

Sur le non-épuisement du droit de distribution

Dans un arrêt du 3 juillet 2012³⁵, la CJUE a pu décider, contre les avis des Gouvernements ayant déposé des observations devant elle et celui de la Commission européenne, que le principe d'épuisement du droit de distribution s'applique même lorsque la commercialisation du logiciel se fait en ligne et non par un mode physique. Il en résulte qu'un créateur de logiciels ne peut s'opposer à la « revente » d'occasion de ses licences permettant l'utilisation de ses programmes téléchargés via Internet.

La solution a de quoi étonner dans la mesure où le droit de distribution est clairement lié à l'existence d'un exemplaire matériel. Il faut rappeler notamment le considérant 29 de la directive 2001/29/CE qui confirme 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* ».

Certes, l'affaire concernait ici un logiciel et c'est donc la directive 2009/24/CE, spécifique à la protection juridique des programmes d'ordinateur, qui fondait la réflexion. Pour autant, les notions utilisées dans les directives 2001/29/CE et 2009/24/CE ne doivent-elles pas, en principe, recevoir la même signification ? La cohérence milite en ce sens. Pourtant, selon la CJUE, la directive 2009/24/CE constitue une *lex specialis* par rapport à la directive 2001/29/CE et il était manifeste que la volonté du législateur de l'Union était d'assimiler, aux fins de la protection prévue par la directive 2009/24/CE, les copies matérielles et immatérielles d'un programme d'ordinateur. Et pour asseoir théoriquement sa réflexion, la Cour en appelle sur ce point au principe de l'effet utile.

De nombreux ayants droit considèrent, au vu de l'arrêt *Usedsoft*, qu'il serait ici judicieux de rappeler le non-épuisement du droit de distribution lorsque l'œuvre n'est pas incorporée dans un support matériel.

La mission propose que la Commission européenne réaffirme clairement le contenu de la règle. Cette réaffirmation pourrait par exemple se faire dans un considérant. Certes, les considérants n'ont pas, en principe, de valeur normative, mais on sait que la Cour les utilise pour éclairer son interprétation des dispositions.

La précision permettrait d'assurer une certaine prévisibilité, et donc de préserver la sécurité juridique, en coupant court à toute interprétation contraire de la Cour de justice. D'autant que la référence à la « vente de copie immatérielle » dans l'arrêt *Usedsoft* pourrait ouvrir la voie à une extension à la fourniture en ligne de toutes les œuvres, y compris les œuvres littéraires ! Le logiciel n'est-il pas d'ailleurs, dans l'esprit du législateur européen (et mondial), une œuvre littéraire ? Il serait également possible de craindre une extension de la solution *Usedsoft* en matière de jeux vidéo alors que ces derniers constituent en réalité des créations complexes intégrant des éléments soumis à la *lex specialis* et d'autres soumis au droit commun du droit d'auteur. Et pourquoi pas aux œuvres audiovisuelles ou musicales au grand dam des producteurs... ?

Il serait inutile d'aller ici plus loin et il convient de renvoyer aux travaux à venir du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique relatifs à « seconde vie des œuvres à l'ère numérique ».

Sur le droit de communication au public

C'est sur le droit de communication au public que la CJUE a le plus été sollicitée ces dernières années. Il faut dire que le texte de la directive offre peu de précision quant aux

³⁵ Voir CJUE, 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, aff. C-128/11.

conditions de mise en œuvre de la prérogative. Il faut dire encore que les nouveaux modes de livraison des œuvres au public comme les possibilités d'accès offertes à ce dernier se sont multipliés, laissant parfois le législateur ou le juge national désemparé face à la complexité des situations.

Le résultat n'est pas des plus cohérents, la Cour dessinant un tableau en forme de patchwork, de sorte qu'il est difficile de tracer les lignes directrices de cette interprétation. C'est aussi dire qu'il serait peut-être utile, dès lors que la Commission jugerait indispensable de rouvrir la directive 2001/29/CE, de préciser les critères de cette prérogative.

En l'état actuel du droit positif, on considère que la prérogative nécessite de caractériser la communication d'une œuvre et la destination à un public.

S'agissant de la première condition, la CJUE a plusieurs fois réaffirmé sa volonté de voir la notion de « communication au public » – qui ne connaît pas de définition exhaustive – être appréhendée de façon large et ce, en accord avec le considérant 23 de la directive 2001/29/CE³⁶.

C'est en suivant cette orientation que la Cour a pu affirmer que la retransmission sur internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre qui se fait suivant un mode technique spécifique (retransmission sur internet d'un flux TV aux mêmes abonnés d'une chaîne), différent de celui de la communication d'origine, doit être analysée comme une « communication » au sens de la directive 2001/29/CE, nécessitant une nouvelle autorisation des auteurs des œuvres retransmises lorsque celles-ci sont ainsi communiquées au public³⁷.

De même, la CJUE a appliqué le raisonnement à l'installation de postes de télévision dans les chambres des curistes d'un établissement thermal³⁸. Fidèle à sa jurisprudence sur les chambres d'hôtel³⁹, la Cour a jugé qu'un acte de communication est bien caractérisé « *lorsque l'exploitant d'un établissement thermal, tel que celui en cause au principal, permet à ses patients d'accéder aux œuvres radiodiffusées au moyen d'appareils de télévision ou de radio, en distribuant dans les chambres de celui-ci le signal reçu, porteur des œuvres protégées* » (point 24). Et le moyen ou le procédé technique utilisé importe peu⁴⁰.

Mais pour que le monopole soit effectivement mis en œuvre, encore faut-il que ces actes soient destinés à un public.

Il ressort des différentes décisions que la notion de « public » vise un nombre indéterminé de destinataires potentiels et doit impliquer un nombre de personnes assez important. L'arrêt *ITV Broadcasting* précise en outre qu'il importe peu que les destinataires potentiels accèdent aux œuvres communiquées par le biais d'une connexion un-à-un et que le caractère lucratif de l'acte accompli n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission. Il est donc indifférent que la retransmission, telle que celle en cause au principal, soit financée par la publicité. Par ailleurs, l'arrêt *OSA* a permis de clarifier la question de l'articulation avec la jurisprudence *Del Corso*⁴¹, qui avait exonéré un dentiste du paiement des redevances relatives à la radiodiffusion des phonogrammes dans son cabinet. Plus précisément, la Cour limite cette exemption fondée sur le caractère non lucratif de la communication au public à un droit à rémunération (rémunération équitable applicable en matière de droits voisins à la radiodiffusion des phonogrammes au terme de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100). C'est aussi dire que la condition ne s'applique pas en présence d'un droit exclusif.

³⁶ Voir CJUE, 7 décembre 2006, SGAE, aff. C-306/05, CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League, aff. C-403/08 et C-429/08 et CJUE, 13 février 2014, Svensson, aff. C-466/12.

³⁷ Voir CJUE, 7 mars 2013, ITV Broadcasting e.a., aff. C-607/11.

³⁸ Voir CJUE, 27 février 2014, OSA, aff. C-351/12.

³⁹ Voir CJUE, 15 mars 2012, Phonographic Performance (Ireland), aff. C-162/10.

⁴⁰ Voir l'arrêt Football Association Premier League e.a précité.

⁴¹ Voir CJUE, 15 mars 2012, Del Corso, aff. C-135/10.

Mais, selon la CJUE, la condition de public n'est pas épuisée sans la mention de l'exigence d'un « nouveau » public. Sans qu'on sache vraiment si le sous-critère est impératif ou pas.

La jurisprudence de la CJUE souffre sur ce point, pour de nombreux observateurs, de deux défauts. D'une part, elle est sinueuse, donc difficile à expliquer (encore faut-il parvenir à la comprendre !). D'autre part, elle semble *contra legem*. C'est dire que l'ensemble paraît imprévisible et donc tournant le dos à l'exigence de prévisibilité que l'on est en droit d'attendre d'un système juridique.

L'exigence de « nouveau public » est présente dans l'arrêt *Svensson*, sur les hyperliens, et elle y est même mentionnée comme de « jurisprudence constante ». Il est vrai qu'on la retrouve dans les affaires *SGAE*, *Premier League* et *Airfield*. Mais dans l'hypothèse de la retransmission, sur internet, d'un flux TV aux mêmes abonnés d'une chaîne, la CJUE estime qu'il importe peu que les destinataires potentiels ne constituent pas un « *public nouveau* ». Autrement dit, l'exigence n'est pas imposée lorsque les transmissions en concurrence sont effectuées dans des conditions techniques spécifiques, suivant un mode différent de transmission des œuvres protégées et chacune destinée à un public. Sans doute parce que le public est alors nécessairement « nouveau ».

Mais les choses se compliquent lorsque, dans l'arrêt rendu à propos de l'installation de postes de télévision dans les chambres d'un établissement thermal, la CJUE affirme au contraire pour l'opposabilité du droit d'auteur : « *Encore faut-il que l'œuvre radiodiffusée soit transmise à un public nouveau, c'est-à-dire à un public qui n'était pas pris en compte par les auteurs des œuvres protégées lorsqu'ils ont autorisé leur utilisation par la communication au public d'origine* » (point 31). Est-ce à dire que l'exigence va conduire à l'exemption ? La réponse est négative, car la Cour ajoute ici un élément de complexité. Au point 32, elle indique que, par nature, « *les patients d'un établissement thermal constituent un tel public nouveau* ». Dont acte. La justification tient au fait que l'établissement « *est l'organisme qui intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner accès à l'œuvre protégée à ses patients. En l'absence de cette intervention, ces patients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée* ». On mesure que, en réalité, c'est l'existence d'un acte de « *distribution délibérée d'un signal* » qui, en l'espèce, permet de caractériser une « *communication au public* », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE. A la vérité, l'analyste le plus méthodique doute de sa compréhension de la cohérence de l'ensemble. On croyait pouvoir penser jusqu'à cette dernière décision que l'exigence d'un public nouveau n'était requise que lorsque les deux modes successifs de communication au public étaient identiques. Mais est-ce bien toujours le cas ?

Cette jurisprudence souffre, d'après de très nombreux spécialistes, d'un autre défaut. Elle ajouterait une condition – celle de « public nouveau » – que ni les textes européens ni les textes internationaux n'exigent. On observera, à cet égard la position très critique de l'Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI⁴²) qui a adopté, au mois de septembre 2014 à Bruxelles, une résolution⁴³ très critique à l'égard de la construction jurisprudentielle de la Cour de justice de l'Union européenne.

Il convient – en raison de la très grande notoriété de cette association (indirectement à l'origine de la Convention de Berne) et de la qualité de l'argumentation proposée – de citer ici le résumé de la démonstration⁴⁴ menée sur cette question :

« Le 13 février 2014, la CJUE a rendu dans l'affaire Svensson une décision marquante sur la question de savoir si la fourniture d'hyperliens pointant vers des objets protégés par le droit d'auteur nécessite l'autorisation du titulaire du droit d'auteur. A cette

⁴² Voir www.alai.org.

⁴³ Voir <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>.

⁴⁴ Voir la démonstration intégrale en annexe 4.

occasion, le présent Avis commente divers critères définis par la Cour en matière de communication au public tout en développant les parties pertinentes de la déclaration que l'ALAI a présentée avant cette décision dans son Avis du 15 septembre 2013⁴⁵. Dans l'affaire Svensson, la CJUE s'est prononcée sur la question suivante :

« si l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que constitue un acte de communication au public, tel que visé à cette disposition, la fourniture, sur un site Internet, de liens cliquables vers des œuvres protégées disponibles sur un autre site Internet, étant entendu que, sur cet autre site, les œuvres concernées sont librement accessibles. »

La CJUE a estimé que la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un « acte de communication » d'une œuvre et la communication de cette dernière à un « public »⁴⁶. En l'espèce, la CJUE, tout en répondant correctement par l'affirmative à la question fondamentale de savoir si la fourniture d'un hyperlien constitue une mise à disposition/communication (interactive) – à l'instar de la position exposée dans l'Avis précité de l'ALAI du 15 septembre 2013 –, a dans la même décision, s'agissant de la question de savoir si cet acte constitue une communication « au public », confirmé un certain nombre d'autres décisions récentes par lesquelles elle a introduit un critère problématique de « public nouveau », circonscrit entre autres par un nouveau critère, tout aussi problématique, de « mode technique spécifique ».

Le critère de « public nouveau » développé par la CJUE dans sa jurisprudence qui interprète le droit exclusif de communication au public⁴⁷ est en contradiction avec les traités internationaux et les directives de l'UE. Enoncé d'abord dans l'environnement hors ligne pour justifier l'application du droit de communication au public à certaines retransmissions d'émissions de télévision, ce critère, tel qu'appliqué ultérieurement par la Cour, est incompatible avec le droit de communication au public prévu par la Convention de Berne et par les traités WCT et WPPT de l'OMPI ainsi qu'avec les dispositions de la directive de 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information. Le critère de « public nouveau » tel qu'il est appliqué dans l'affaire Svensson, a pour effet l'épuisement injustifié du droit exclusif d'autoriser la communication au public des œuvres mise à disposition par leurs auteurs ou par d'autres ayants droit sur des sites accessibles à tous. De plus, dans la mesure où l'arrêt Svensson indique que le critère de « public nouveau » ne s'appliquera pas si la mise à disposition de l'œuvre est assortie de restrictions, cette décision risque d'établir une obligation de réserver les droits ou de protéger les œuvres et autres objets par des mesures techniques de protection, en violation de l'interdiction par la Convention de Berne des formalités qui régissent l'exercice des droits exclusifs.

En conclusion, l'application dans l'arrêt Svensson du critère de « public nouveau » est contraire :

- aux articles 11.1)ii), 11bis.1), 11ter.1)ii), 14.1) et 14bis.1) de la Convention de Berne ;*
- à l'article 8 du traité WCT ;*
- aux articles 2, 10, 14 et 15 du traité WPPT ;*
- à l'article 3 de la Directive de l'UE sur le droit d'auteur dans la société de l'information ;*

⁴⁵ ALAI, 15 septembre 2013, Rapport relatif à la mise à la disposition du public et à la communication au public dans l'environnement Internet – avec l'accent sur les techniques d'établissement de liens sur Internet, <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/avis-droit-mise-a-disposition.pdf> ; également publié dans les revues EIPR (2014) 36(3) 149 et NIR Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 5/2013 p. 512 et s.

⁴⁶ Au point 16, qui cite la jurisprudence antérieure de la Cour : voir l'arrêt ITV Broadcasting précité.

⁴⁷ Voir les arrêts SGAE, Del Corso et ITV Broadcasting précités.

- à des décisions antérieures de la CJUE, et

- aux règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

L'arrêt Svensson est également fondé sur une interprétation erronée de l'ancienne version (1978) du Guide de la Convention de Berne.

Il risque de mener à une procédure de règlement des différends de l'OMC et à une condamnation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC en raison de son incompatibilité avec la Convention de Berne.

Dans la mesure où l'arrêt Svensson a pu être motivé par la crainte qu'un autre résultat ne nuise au développement optimal de la communication numérique, c'est une idée fausse. Il existe d'autres moyens plus appropriés que celui auquel la CJUE a eu recours dans l'affaire Svensson pour préserver le rôle des hyperliens dans le fonctionnement de base d'Internet sans violer ou mal interpréter les normes internationales fondamentales du droit d'auteur.

L'ALAI tient à contribuer à un dialogue constructif en présentant dans un proche avenir son opinion sur la manière d'encourager de nouveaux moyens de communication sans assécher et épuiser les sources de création.

Il résulte de ces critiques tant le caractère non fondé des solutions retenues par la CJUE que la précarité de ces dernières. Or cette situation est d'autant plus préoccupante que l'effet de cette jurisprudence est rétroactif puisque la solution – en réalité nouvelle – doit être appliquée par les différents acteurs dès la date limite prévue par la directive pour sa transposition en vertu de l'idée selon laquelle l'interprétation fournit le sens du dispositif originel.

Et si l'on ajoute à ces griefs, à l'encontre de la construction retenue, le reproche d'une solution peu adaptée à la situation appréhendée, on mesure l'inadéquation du droit positif actuel.

Le mérite généralement reconnu à la solution adoptée réside néanmoins dans le fait qu'elle évite deux situations extrêmes : l'une (« *toute création de lien met en œuvre le droit d'auteur* ») qui obligerait l'assujettissement de tout lien au droit d'auteur entraînant la paralysie du réseau reposant sur un entrelacs de liens ; l'autre (« *le droit d'auteur n'est pas mis en œuvre lors de la création d'un lien* ») qui commanderait l'absence totale de soumission aux droits de propriété littéraire et artistique et une ineffectivité totale du droit d'auteur sur les réseaux numériques.

Mais à quel prix ? Il suffit pour s'en rendre compte de se mettre successivement à la place des ayants droit, des sites visés et des créateurs de liens.

Pour les premiers, la solution retenue dans l'arrêt *Svensson* est peu heureuse en ce qu'elle permet à des tiers de capter, sans contrepartie, la valeur que représente l'attractivité des œuvres protégées par des droits de propriété littéraire et artistique.

Le créateur d'une base de liens rendus licites par la solution *Svensson*, délié de toute obligation de solliciter une autorisation, pourra sans difficulté monétiser le succès de sa base par des bandeaux publicitaires sans que les ayants droit soient financièrement associés à cette entreprise.

Le site visé, qui a déployé des efforts de négociations et d'acquisition de droits avec les ayants droit se verra indirectement en « concurrence » avec un créateur de liens qui n'aura absolument pas été assujéti aux mêmes contraintes.

On remarquera dans ces deux observations une manifestation évidente de certaines formes de parasitisme. Mais, paradoxalement, les créateurs de liens ne sont pas complètement dans une

situation idéale puisqu'ils devront être extrêmement attentifs au statut des sites vers lesquels ils orientent les internautes. Une grande incertitude peut exister à propos du nombre de situations intermédiaires. Un site originellement illicite est interdit mais *quid* de celui qui pointe vers un site « mixte » mêlant créations autorisées et œuvres non autorisées ? Et il y a lieu de constater que même s'ils parviennent à clarifier la situation au jour de la création du lien (ce qui est loin d'être évident), ils seront totalement dépendants de l'évolution de la situation du site visé quant à l'autorisation donnée par les ayants droit. Or il n'est pas impossible que cette même situation soit sujette à évolution, par exemple par l'arrivée du terme de l'autorisation originelle. Peu au fait du contenu précis de la construction contractuelle concernant le site visé, le créateur du lien peut en fonction de l'évolution des situations se retrouver en position de contrefacteur. Ce n'est pas à dire que l'on ne doive pas attendre de lui des efforts pour tenter d'analyser la situation réelle mais c'est constater que la recherche de simplification de la solution juridique (notamment par une approche globale indépendamment de la diversité de formes de liens) n'a pas véritablement porté ses fruits.

L'imprévisibilité est encore plus grande et l'insécurité ici créée est totale de sorte que de très nombreuses voix s'élèvent pour réclamer une reprise en main de la question par la commission européenne. C'était aussi la position adoptée dans le projet de Livre Blanc de juillet 2014 (qui n'a finalement jamais eu d'existence officielle). La Cour a pourtant exactement répété sa solution, statuant d'ailleurs en la forme simplifiée de l'ordonnance, dans un arrêt du 21 octobre 2014⁴⁸. Selon elle, *« le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la 'transclusion', telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifiée de 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine »* (pt 19).

Au vu de l'évident conflit de normes entre le droit européen et le droit international et au vu de l'insécurité juridique générée par la jurisprudence actuelle, la mission recommande que la Commission clarifie sa position sur la notion de « nouveau public ».

2.1.1.3 Propositions générales : maintenir la structure et clarifier certaines règles

Il résulte des développements précédents que la Cour de justice a pris des libertés avec le texte ou l'esprit de la directive 2001/29/CE.

Pourtant, le plus étonnant est de constater que, par crainte de voir la clarification espérée de la Commission et du Parlement entraîner un abaissement du niveau de la protection, nombre d'ayants droits estiment préférer l'inadéquation des solutions résultant des arrêts la Cour de justice de l'Union européenne plutôt que de prendre le risque de voir les solutions enfin clarifiées, mais avec un niveau de protection plus bas.

Cependant, il est à craindre que l'audace de la jurisprudence suscite une volonté de précision des contours exacts du monopole de la part de certains États membres et peut-être de la Commission. En effet, il est clair que les dispositions actuelles ne permettent pas d'appréhender directement les situations, mais nécessitent l'interprétation du juge, source d'insécurité juridique.

Pour autant, une réécriture du monopole, dans le sens de la précision qui pourrait aboutir à une vision analytique, n'est pas la voie à soutenir, à la fois pour des questions de fond et pour des questions de méthode.

⁴⁸ Voir CJUE, 21 octobre 2014, BestWater International, aff. C-348/13.

Sur le fond d'abord, il est à craindre que la précision entraînera un appauvrissement de la protection, à la fois dans son champ et dans sa portée.

Sur la méthode ensuite, le choix de la précision reviendrait à l'adoption d'une conception analytique du monopole, conception étrangère à la vision française du droit d'auteur telle qu'exprimée dans le Code de la propriété intellectuelle. En effet, le droit national a opté pour une vision synthétique et ouverte du monopole, l'ensemble des actes d'exploitation étant appréhendé grâce à deux prérogatives catégorielles. L'intérêt de cette organisation et des techniques législatives associées (définitions abstraites, technique de l'exemple) n'est plus à démontrer tant le droit français a fait montre de flexibilité dans le passé. Sans compter que cette tendance au détail n'aurait pas nécessairement pour conséquence de diminuer le pouvoir de la CJUE et d'augmenter la marge de manœuvre du juge interne. En outre, toujours s'agissant de la méthode, l'appréhension large du monopole est aussi porteuse d'un message lorsqu'on la lit en corrélation avec l'appréhension analytique des exceptions : on donne largement au titulaire, on le dépouille dans des cas précis. Aussi n'est-il pas certain qu'une approche analytique permette d'assurer la sécurité juridique nécessaire tout en préservant la flexibilité et le message de protection sous-tendu par le système.

En revanche, la mission considère que la Commission serait avisée de prendre des initiatives visant à réaffirmer le contenu de certaines règles, notamment sur le non-épuisement du droit de distribution en cas d'absence d'exemplaire matériel de l'œuvre, ainsi que sur l'exigence, et le cas échéant les contours, de la condition de « nouveau public » en matière de droit de communication au public.

2.1.2. La durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur doit être réfléchie

Certaines des personnes auditionnées ont attiré l'attention de la mission sur l'existence de distorsions résultant d'une succession peu harmonieuse de textes. En effet, la directive 2011/77 du 27 septembre 2011 a modifié la durée des droits voisins des producteurs et artistes-interprètes, telle qu'elle figurait respectivement dans les directives 2001/29 du 22 mai 2001 et 2006/116 du 12 décembre 2006, pour aboutir à des solutions différentes suivant les titulaires. Il n'est pas question de porter, ici, un jugement sur le bien-fondé de l'allongement de la durée de la protection dans le domaine sonore mais seulement de constater les conséquences – inexplicables rationnellement – qui en découlent. Il existe, désormais, une distorsion entre titulaires de droits voisins de l'environnement sonore et titulaires de droits voisins de l'environnement audiovisuel, au détriment de ces derniers dont les droits devraient être, pour faire simple, protégés vingt ans de moins que ceux des producteurs de phonogrammes et des artistes-interprètes dont les prestations sont fixées sur des phonogrammes.

La solution a pu, beaucoup, surprendre nombre de professionnels du secteur culturel et, notamment, ceux directement concernés par le second marché des archives audiovisuelles et sonores. C'est le cas, par exemple, en France de l'institut national de l'audiovisuel (INA ; établissement public à caractère industriel et commercial, chargé, notamment, d'archiver les productions audiovisuelles, de produire, d'éditer, de céder des contenus audiovisuels et multimédias à destination de tous les publics, professionnels ou particuliers, pour tous les écrans). Pour ce dernier, la différence de solution n'a aucune justification réelle et aboutit à des situations absurdes.

Ainsi, selon l'INA, si l'allongement de la vie de certains artistes-interprètes justifie l'allongement de la durée de protection pourquoi cette dernière devrait-elle être réservée au seul secteur musical ? Cette problématique touchant tous les secteurs dans lesquels

interviennent les artistes-interprètes, pourquoi cantonner la solution nouvelle ? La précarité de certaines fins de vie touche indistinctement nombre d'artistes-interprètes, quel que soit le domaine dans lequel ils interviennent. Comme expliquer pareille distorsion au moment où l'Union se félicite de l'adoption du Traité de Pékin du 26 juin 2012 améliorant la situation précaire des artistes-interprètes de l'industrie audiovisuelle ? Et, si l'on envisage la question sous l'angle des producteurs, la disparité n'est pas plus logique. Certes, l'allongement de la durée de protection peut avoir pour effet heureux de permettre à ceux-ci d'investir les sommes perçues en plus dans la production de nouveaux phonogrammes. Mais pourquoi réserver cet effet, heureux pour la promotion de nouveaux talents, aux seuls producteurs musicaux, alors que les coûts de production de programmes audiovisuels sont souvent plus élevés que ceux du secteur musical, et souvent plus risqués ?

Sans doute, est-il possible d'observer que, le plus souvent, un producteur d'œuvre audiovisuelle peut également être bénéficiaire d'un droit d'auteur ce qui atténue quelque peu, en pratique, les effets de la distorsion décrite. Encore faut-il rappeler, d'une part, que la cession consentie aux producteurs n'est pas toujours réalisée pour toute la durée du monopole du droit d'auteur et, d'autre part, qu'une séquence animée d'images exploitable peut ne pas toujours constituer une œuvre audiovisuelle.

Enfin, la distorsion observée dans la durée des droits voisins peut parfois conduire à des situations absurdes : comment, par exemple, peut-on justifier que la durée de protection des droits voisins des producteurs et artistes-interprètes sur une bande sonore produite et interprétée en vue d'être intégrée dans un vidéogramme puisse être, par application des principes actuels, supérieure à celle des droits voisins des producteurs et artistes-interprètes du vidéogramme l'incorporant ?

Nombre de professionnels des secteurs concernés estiment qu'une politique cohérente de l'Union ne peut donc reposer que sur un alignement des durées de protection.

Il convient toutefois de faire observer que les producteurs de vidéogrammes ne sont majoritairement pas favorables à cet alignement.

La mission recommande de réfléchir, dans le cadre d'une mise en cohérence plus générale et d'une meilleure articulation des directives entre elles, aux raisons qui fondent de telles différences de traitement.

2.2. Les exceptions au monopole ne doivent être modifiées qu'avec prudence

Là git sans doute l'un des points les plus stratégiques de l'éventuelle réouverture de la directive 2001/29, car la Commission européenne semble persuadée que le marché unique est en jeu. C'est aussi sur ce terrain que les antagonismes se font le plus jour, les consommateurs réclamant plus de liberté là où les ayants droits redoutent une perte de maîtrise de leurs œuvres ou éléments protégés du fait de la multiplication des limites au droit d'auteur et droits voisins.

À l'occasion des nombreuses auditions, individuelles et collectives, les ayants droit ont manifesté dans leur très grande majorité leur profond souhait de ne pas voir créer de nouvelles exceptions. Cela étant, il est apparu à certains acteurs et aux consommateurs que certaines limitations déjà existantes semblaient peu en phase avec l'évolution des usages de sorte qu'une adaptation de certaines d'entre elles était attendue. En outre, d'autres voix, pourtant parfois moins réformatrices quant au fond, ont fait valoir que des progrès devraient être réalisés dans l'harmonisation, sans doute en rendant certaines exceptions obligatoires. En effet, la situation actuelle, issue de la directive 2001/29 qui propose une liste de 21 exceptions

dont 20 sont facultatives, est vue, surtout par la Commission, comme un frein à la création d'un marché unique. D'autant que même lorsque l'exception est retenue, son régime est souvent différent au sein des Etats membres l'ayant adoptée. Ce qui conduit certains observateurs à souhaiter une réouverture de la directive sur le constat suivant : est-il logique de laisser à la Cour de justice de l'Union européenne le soin d'uniformiser – rétroactivement – le régime juridique des exceptions retenues par les Etats membres alors même que, les exceptions étant le fruit d'un arbitrage politique, juridique, sociologique et économique, cela devrait être le fait de personnes et d'institutions appelées de par leurs fonctions à édicter les normes ?

On mesure donc ainsi la diversité d'opinions exprimées sur le sujet. Et, si l'avis majoritaire des personnes entendues dans le cadre de cette mission est au *statu quo*, il y a lieu de dire que les auditions ont également fait apparaître quelques questionnements qu'il convient d'évoquer.

Aussi, une fois faits les constats (2.2.1), quelques propositions seront exposées (2.2.2.).

2.2.1. La liberté laissée aux Etats membres sur les exceptions tend à se restreindre sous l'effet de la jurisprudence

Il apparaît d'abord que le retrait du législateur à l'endroit des exceptions était une démarche volontaire (2.2.1.1.). Pourtant, le juge ne s'est pas senti tenu par ce retrait et le champ est marqué par un fort interventionnisme de sa part (2.2.1.2).

2.2.1.1 Le retrait du législateur

Tout en se déclarant soucieuse de reconnaître un haut niveau de protection, la directive 2001/29 offre à l'article 5 une liste de vingt-et-une exceptions, mais dont une seule est obligatoire. La proposition de directive de 1998 n'en comptait que neuf, mais la liste a ensuite été allongée. Cet allongement est non seulement le fait des Etats membres, qui souhaitaient préserver leurs exceptions nationales, mais aussi la conséquence du lobbying exercé par certaines institutions.

Le législateur européen a donc ici fait le choix d'une méthode analytique des exceptions, comparable à la méthode française, mais l'intérêt de ce choix est minoré par le caractère facultatif de la plupart des exceptions.

Aussi, il peut être reproché au législateur européen de n'avoir pas harmonisé le terrain des exceptions.

Ce retrait législatif est cependant volontaire. En effet, si le considérant 32 fait état d'une volonté de respecter les traditions juridiques nationales, il avoue également, en quelque sorte, l'incomplétude de la démarche, en requérant des Etats membres une application cohérente (ce qui suppose qu'elle n'est pas imposée) et en annonçant un réexamen futur – parce que sans doute nécessaire du fait de la non harmonisation – de la disposition.

Pourtant, alors même que le retrait résultait d'une volonté politique, la Cour de justice a considéré qu'elle devait combler les vides laissés par le législateur.

2.2.1.2 L'interventionnisme du juge

L'interventionnisme du juge européen est particulièrement marqué en matière d'exceptions. Une fois le cadre de son action présenté (2.2.1.2.1.), il faudra en apprécier les conséquences (2.2.1.2.2.).

2.2.1.2.1 *Le cadre de l'intervention*

Le juge européen a décidé de prendre le relai de la parole législative. Pour cela, il s'immisce dans les moindres silences, pour compléter, voire réécrire la norme, puis la rend obligatoire dans son contenu. En effet, sans considération du fait que l'exception est facultative, il en communautarise les conditions de mise en œuvre, utilisant pour cela des méthodes d'interprétation dont on peine à comprendre la hiérarchie, l'articulation et la logique. Pour autant, il s'inscrit aussi dans un cadre pour respecter en partie la voie mise en place par le législateur.

La communautarisation des exceptions.

La question est ici de savoir si, lorsque l'État membre décide de transposer (ou de conserver) dans son droit national une des exceptions facultatives de la directive, les conditions relatives à cette limite posées par la directive européenne deviennent obligatoires ou si l'État membre conserve une marge de manœuvre.

D'abord, il a toujours été clair qu'un État membre ne pouvait retenir une exception en se montrant moins exigeant que le texte européen. C'est dire que l'exception ne pouvait être plus large que ce que la directive avait envisagé.

Mais le doute subsistait sur l'hypothèse inverse : est-il possible pour un État membre de se montrer plus exigeant dans la réunion de conditions licitant l'usage en cause ? Autrement dit, était-il possible d'admettre une exception de manière plus restrictive ? Nombre d'États membres ont fait valoir au lendemain de l'adoption de la directive que dans la mesure où ils étaient libres de ne pas retenir du tout une exception, il leur était loisible de l'admettre en se montrant moins généreux quant à la liberté qu'elle offrait à l'utilisateur de l'œuvre. Le considérant 44 de la directive 2001/29 aurait d'ailleurs pu être lu comme une autorisation tacite en ce sens :

« (...) Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés ».

Il semble bien, en effet, que l'intention du législateur de l'Union ait été de permettre aux États membres qui prévoient des exceptions ou des limitations visées par cette directive, que la portée de celles-ci puisse être restreinte pour certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés. Le « triple test » pourrait, du reste, être naturellement lu en ce sens.

Mais telle ne paraît pas être la position de la Cour de justice de l'Union européenne qui semble considérer, dans son arrêt *Eva-Maria Painer*⁴⁹, que lorsque l'exception est reprise par un droit national, les États membres n'ont plus la possibilité d'être plus protecteurs des intérêts des auteurs ou des titulaires de droits voisins que le texte européen. En particulier,

⁴⁹ Voir CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer*, aff. C-145/10.

dans la décision précitée, les juges ont considéré, au nom de l'effet utile de l'exception de citation et de la nécessité de respecter sa finalité, que la citation n'avait pas à être incluse dans une œuvre citante, condition pourtant imposée dans de nombreux États, dont la France. De même, appelée à se prononcer sur la condition de source licite en matière de copie privée⁵⁰, la CJUE a clairement souligné le lien entre le choix de l'exception et son contenu :

« Il s'ensuit que les États membres ont la faculté d'instaurer ou non les différentes exceptions prévues à l'article 5 de cette directive, et ce conformément à leurs traditions juridiques, mais que, une fois qu'ils ont opéré le choix d'introduire une certaine exception, celle-ci doit être appliquée de façon cohérente, de sorte qu'elle ne puisse pas porter atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 2001/29 visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur » (pt 34).

Aussi faut-il considérer que le contenu de l'exception « se communautarise » dès lors que l'État fait le choix de retenir l'exception.

Pour offrir un contenu normatif aux exceptions, la Cour semble appliquer diverses méthodes d'interprétation.

Les méthodes

La CJUE privilégie une interprétation « dynamique », constructive, fondée sur une méthode téléologique, guidée par l'objectif de la norme, ses finalités. La démarche, qui lui permet d'avoir une certaine liberté par rapport au texte, vise à la réalisation de son but premier, le marché unique.

Pour ce faire, la Cour met en œuvre des principes d'interprétation⁵¹ : principe d'interprétation stricte des dispositions dérogatoires, principe d'effet utile, principe de proportionnalité ou de juste équilibre, principe d'unité et de cohérence de l'acquis, notion autonome de droit de l'Union.

Son argumentation est ainsi fondée sur un ou plusieurs de ces principes, donnant le sentiment que le raisonnement est rigoureux, mais sans qu'on comprenne les raisons de son choix.

Ainsi, par exemple, c'est au nom de l'effet utile que la Cour de justice a décidé que l'exception de courte citation n'exigeait pas l'existence d'une œuvre citante. Et on peut aussi se demander si la solution aurait été différente si la Cour avait par exemple mis en œuvre le principe d'interprétation stricte, les exceptions dérogeant au principe du monopole plutôt que celui de l'effet utile. Ce n'est pourtant pas certain, puisque dans un arrêt du 3 septembre dernier⁵², rendu en Grande Chambre et relatif à l'exception de parodie, la Cour pose une notion autonome de droit de l'Union, tout en faisant référence au principe d'interprétation stricte des exceptions et au principe d'effet utile...

Le commentateur le plus averti peinerait à anticiper une solution sur la seule foi des principes d'interprétation mis en œuvre !

Les limites

Cette liberté patente que s'octroie la CJUE dans l'interprétation trouve cependant quelques limites qu'elle déduit sans doute à la fois du texte et de l'esprit général de la directive. Ainsi, la Cour s'inscrit aussi dans un cadre qui l'oblige à se montrer plus respectueuse de la

⁵⁰ Voir CJUE, 10 avril 2014, ACI Adam, aff. C-435/12.

⁵¹ Sur ces questions, v. l'article de V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », PI avr. 2012, p. 140 s.

⁵² Voir CJUE, 3 septembre 2014, Johan Deckmyn, aff. C-201/13.

conception générale imposée par le législateur. Cette retenue s'est exprimée pour confirmer l'idée d'une liste fermée des exceptions. Ainsi, non seulement la Cour a refusé que le test en trois étapes permettent la création de nouvelles exceptions, mais elle a encore interdit le raisonnement par analogie permettant d'attirer dans le champ dérogatoire un comportement proche d'une exception connue.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne atteste d'abord du rejet actuel des solutions de type « ouvert ».

Prenant appui sur les écrits d'une partie de la doctrine⁵³ entendant faire du test de trois étapes (« triple test »), prévu au paragraphe 5 de l'article 5 de la directive, un dispositif offrant la possibilité à un État membre de retenir des exceptions autres que celles expressément prévues par le législateur européen dans les paragraphes 1 à 4, certains plaideurs, se livrant à un travail de relecture du texte européen, entendaient retenir une interprétation offrant aux juges des possibilités proches – voire identiques – de celles d'une solution de type *fair use*.

C'est donc sans surprise qu'une juridiction tchèque de renvoi a voulu savoir si le « triple test » de la directive pouvait être lu comme offrant la possibilité à un État membre de retenir des exceptions autres que celles expressément prévues par le législateur européen. La CJUE a répondu, le 27 février 2014⁵⁴, que le test de trois étapes qui clôt la disposition de la directive européenne ayant trait aux exceptions aux droits de propriété littéraire et artistique « *se limite à préciser la portée des exceptions et des limitations, fixées aux paragraphes précédents de cette première disposition* ».

La Cour refuse donc la lecture inversée proposée du triple test et interdit toute analyse d'ouverture qui permettrait de proclamer l'existence d'une exception au droit d'auteur là où le législateur européen n'en aurait pas admis le principe dans le cadre d'une hypothèse précise. Le triple test n'est pas un texte d'ouverture dès lors qu'un usage n'a pas d'effet négatif pour les ayants droit, mais une clé d'interprétation limitative de l'existant. La Cour confirmera son point de vue dans une autre décision, du 10 avril 2014⁵⁵, énonçant que le triple test n'a pas pour vocation « *d'élargir la portée des différentes exceptions et restrictions* » prévues.

La Cour a également interdit les raisonnements par analogie, en refusant d'ouvrir les limites existantes à des situations proches qui feraient par ce biais exception au monopole. La question a été posée par la CJUE dans l'affaire précitée du 27 février 2014⁵⁶. Un établissement thermal qui mettait des téléviseurs à la disposition de ses curistes entendait en effet bénéficier d'une lecture extensive des exceptions au droit exclusif, prévues à l'article 5, § 2, *e*), et 3, *b*), de la directive n° 2001/29/CE. Les limites prévues par le législateur européen pour ces cas spéciaux pouvaient-elles être appliquées à des hypothèses voisines ? Les juges européens répondent, d'une part (pt 38), qu'il est impossible d'appliquer au droit de communication au public une exception prévue dans la directive pour le seul droit de reproduction, d'autre part, qu'il n'est pas loisible d'assimiler curistes et handicapés afin d'étendre aux premiers l'exception prévue en faveur des deuxièmes.

⁵³ Notamment aux Pays-bas, B. Hugenholtz et M. Sentfleben, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554 – Voir aussi la thèse de M. Sentfleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test - An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004. – Lire également le projet universitaire de « Code européen du copyright » accessible à l'adresse suivante : www.copyrightcode.eu ; D. Gervais, « Towards a new core international copyright norm: The reverse three step test », *Market Intellectual Property Law Review*, Vol. 9, 2005, p. 1 et s. spéc. p. 29 s. Voir encore, « Les exceptions au droit d'auteur - Etats des lieux et perspectives dans l'Union européenne », dir. A. Lucas, P. Sirinelli et A. Bensamoun, Dalloz, 2012.

⁵⁴ Voir l'arrêt OSA précité, point 40.

⁵⁵ Voir l'arrêt ACI Adam précité, point 26.

⁵⁶ Voir l'arrêt OSA précité.

On mesure par-là que le système peut être perçu, par certains, comme fermé. Telle était la volonté du législateur européen. Et d'autres souligneront qu'il gagne en prévisibilité ce qu'il perd en souplesse.

La Cour de justice se place ainsi en gardienne de l'approche analytique et « fermée » retenue par la directive.

2.2.1.2.2 Appréciation critique de l'intervention

On l'a vu, la CJUE offre désormais un contenu normatif à un certain nombre de règles et notions qui n'étaient pas harmonisées, alors même que la non harmonisation pouvait être considérée comme une démarche volontaire du législateur. De ce point de vue, la CJUE a sans doute non seulement excédé son rôle institutionnel, mais aussi contredit, sur le fond, la volonté politique législative. Ces constatations sont d'ailleurs renforcées par la tendance notable de la CJUE à faire des exceptions un terrain d'élection de la « découverte » de notions autonomes de droit de l'Union. Dans cette hypothèse, les États membres n'ont plus aucune marge de manœuvre puisque la notion doit alors recevoir une application uniforme.

Mais appartient-il au juge d'écrire ou de réécrire la norme ? Lui appartient-il de fixer les équilibres ? La juge peut-il ordonner ce que le législateur n'avait pas souhaité imposer ? La réponse apparaît d'évidence : la politique législative appartient à la Commission et au Parlement, et à travers eux, aux États membres. En effet, en l'état du droit, la règle est imposée sans que l'État français n'ait pu faire valoir sa position, dans un processus démocratique.

Dans ces conditions, il est à craindre que nombre de nos principes soient remis en cause. En effet, si l'interventionnisme de la Cour est marqué, il est aussi désordonné et incohérent. La Cour donne une réponse, qu'elle veut pragmatique, à une question qui lui est posée. Mais elle n'exprime aucune volonté politique. La difficulté tient aussi au fait que, alors qu'elle est saisie à l'occasion d'un litige, la Cour ne tranche pas ce litige, mais impose une interprétation unique, objective, du droit européen, indépendamment en principe de toute considération d'espèce. En réalité, il apparaît que la Cour n'ignore pas les données factuelles. Elle n'hésite d'ailleurs pas à en faire usage pour préciser le cadre de son interprétation. Au point qu'on pourrait parfois se demander si l'arrêt n'est pas d'espèce. Or la solution retenue sera ensuite présentée comme générale, alors même qu'elle n'aura pas été soumise à une pesée, plus large et plus prospective, des intérêts en cause.

Le risque est ici que les juges, sous couvert d'observations purement techniques, en viennent à nous faire oublier qu'une exception n'existe que parce qu'elle s'inscrit dans un mouvement, une politique, qu'elle a une utilité.

2.2.2. L'intervention sur les exceptions doit être guidée par un certain nombre de principes

La mission propose d'abord de conserver le système analytique actuel et de ne pas céder aux sirènes du *fair use* (2.2.2.1.). Elle suggère encore de préciser le destinataire du triple test (2.2.2.2.). Par ailleurs, constatant que la politique appartient au législateur, il serait également judicieux que la Commission reprenne la main sur les exceptions pour en préciser les contours (2.2.2.3.). Enfin, face à la pression européenne, une réflexion doit être menée sur une harmonisation plus poussée, en rendant notamment certaines exceptions obligatoires, ce qui, en tout état de cause, doit rester exceptionnel (2.2.2.4.).

2.2.2.1 Conserver le système analytique

Le système actuel repose sur l'équilibre suivant : le monopole est appréhendé largement, de manière synthétique par l'édiction de prérogatives catégorielles, alors que les exceptions sont envisagées de manière analytique, par une liste fermée qui correspond aux différentes traditions des Etats membres. Ce balancement est particulièrement important, notamment en droit français, car il est porteur d'un message législatif : lorsqu'on donne à l'auteur, on lui donne largement ; lorsqu'on le dépouille, on le dépouille strictement. C'est aussi ici que s'exprime la politique législative.

Abandonner cette organisation consisterait à promouvoir un système ouvert d'exception, de type *fair use*. Cette option a été globalement rejetée par les instances de l'Union, notamment dans le projet de Livre Blanc qui n'a finalement jamais vu le jour. Mais l'idée revient régulièrement et il convient donc ici de présenter les arguments qui permettent de s'y opposer.

Les contours du fair use

Quelques rares intervenants ont milité pour une évolution radicale du système d'exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins en prônant l'abandon de l'approche européenne actuelle (énumération des cas spéciaux assortis d'un certain nombre de conditions) et l'adoption d'une exception unique de type *fair use*.

Il s'agirait de copier le système retenu par le législateur américain à l'article 107 de la loi de 1976 (17 U.S.C. sec. 107), l'intérêt de pareille construction résidant dans sa souplesse.

Se dégageant de la présence d'hypothèses particulières répondant à des conditions propres, un tel système permet la mise à l'écart des droits patrimoniaux lorsque l'acte en cause passe le tamis d'un certain nombre d'exigences énoncées de façon large et générale. C'est ainsi que l'article 107 dispose :

« Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération⁵⁷ :

- 1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives ;*
- 2) la nature de l'œuvre protégée ;*
- 3) le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; et*
- 4) l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.*

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés. »

⁵⁷ Il convient d'observer que le rôle du préambule est purement illustratif mais fournit une idée générale des types d'utilisations qui peuvent être réputées « *fair use* ».

L'analyse du droit américain montre que les juges savent jouer de ces différents paramètres et, loin d'exiger que tous soient parfaitement remplis, adoptent des solutions en faisant prévaloir tantôt tels critères, tantôt telles autres conditions.

La souplesse proviendrait donc de plusieurs aspects :

- d'une part, les juges ne sont pas enfermés dans un carcan trop rigide d'hypothèses prédéterminées ;
- d'autre part, la flexibilité déléguée aux juges fait qu'il n'y a pas lieu de modifier sans cesse la loi afin de (tenter de) l'adapter perpétuellement à une société mouvante.

En définitive, les arguments que l'on soutient pour défendre une conception synthétique et ouverte du monopole se retrouvent ici pour défendre un cas général d'exception au droit.

Deux éléments – la promotion du savoir et le manque de dommage économique – sous-tendent les trois courants principaux qui paraissent pouvoir être dégagés de la jurisprudence américaine faisant application de l'exception de *fair use* :

- la reproduction ne doit pas être assujettie à l'autorisation de créateurs afin de faciliter la création d'une œuvre nouvelle qui fait avancer le progrès du savoir ;
- la reproduction doit être librement admise afin de promouvoir des buts d'intérêt général, tels que l'éducation et les bibliothèques publiques ;
- la reproduction doit être tolérée afin que puissent être explorés de nouveaux moyens de diffusion de l'œuvre.

Il n'est cependant pas certain que le troisième courant corresponde parfaitement au vœu originel du législateur.

Les raisons conduisant au rejet de l'exception de fair use

Au bénéfice indéniable de la plasticité, il est possible d'opposer, sur un plan pratique, tant les dangers d'une absence de prévisibilité que les risques de déséquilibres susceptibles d'apparaître. Dans une approche théorique, il faut également s'attarder sur l'aspect purement institutionnel en insistant sur le lieu d'établissement de la norme de comportement ou la perte de vue de l'intérêt général. Enfin, on peut s'interroger sur le bien-fondé de certaines des solutions mettant en œuvre le troisième courant jurisprudentiel américain mentionné.

La plasticité, tant vantée, n'a pas que des avantages.

D'abord, parce qu'elle est génératrice d'une certaine imprévisibilité qui nuit au développement de certaines activités. Sur quelles solutions se fonder alors que le juge ne s'est pas encore prononcé ou que les hypothèses en cause sont distinctes de celles qui ont déjà été tranchées ? L'imprévisibilité est source d'insécurité juridique, laquelle est néfaste à la réalisation d'un marché européen : en effet, le *fair use* est un instrument qui, s'il a l'avantage de la souplesse, présente le grand inconvénient de l'imprévisibilité puisqu'on ne sait si la situation envisagée fait exception au droit d'auteur qu'*a posteriori*, c'est-à-dire une fois la décision du juge rendue (juge qui d'ailleurs, comme on l'a constaté récemment aux États-Unis au sujet de l'affaire *Google Books*, peut avoir des positions très « évolutives »).

Ensuite, parce que le champ ainsi ouvert peut paraître mal cantonné. La notion de *fair use*, malléable, conduit à envisager l'application de la notion au-delà de son champ originel. Il s'agit, alors, non pas tant d'une souplesse dans l'application que d'une déviation de la finalité originelle de l'exception.

Ainsi, alors que le *fair use* était originellement destiné à favoriser la création de nouvelles œuvres en ouvrant certaines zones de liberté aux créateurs d'œuvres secondes (parodies,

citations, etc.), il est aujourd'hui également sollicité par des entreprises désireuses d'entrer dans un secteur pour déployer de nouveaux usages (par exemple, permettre à un moteur de recherche de se développer tout en s'affranchissant du respect des droits d'auteur relatifs aux œuvres indexées ou proposées en cache). La finalité n'est absolument plus la même. Alors que le fondement de l'exception résidait dans la satisfaction de l'intérêt général et l'apparition d'œuvres nouvelles, sa mise en œuvre actuelle, par certains « nouveaux entrants », vise surtout à légitimer des actes qui poursuivent des buts beaucoup plus commerciaux d'où l'intérêt général est moins présent. Au vu de l'évolution actuellement en cours, est-il raisonnable de vouloir importer au sein de l'Union européenne une exception ouverte dont la force est également la faiblesse ? Et dont la souplesse a permis une instrumentalisation par des opérateurs surtout soucieux de faire valoir leur seul point de vue ?

L'interrogation a d'autant plus de poids qu'il convient de s'attarder sur le lieu d'élaboration de la norme.

Jusqu'à présent, le droit d'auteur a été bâti dans la recherche d'un équilibre entre intérêts antagonistes et c'est le législateur qui, conscient, de la diversité des paramètres à prendre en considération établit une norme lui paraissant la plus utile au nom de l'intérêt général. C'est ainsi qu'il fixe les contours du monopole ou détermine le champ des exceptions en les rattachant à certains usages déterminés. Le texte de la directive européenne – dans le droit fil des exigences internationales – prévoit au sein du triple test des « cas spéciaux » (citation, parodie, copie privée...) et entoure la mise en œuvre de la liberté ainsi concédée d'un certain nombre de conditions.

Le recours à une exception large (de type *fair use*), déliée de toute hypothèse particulière, offre une plus grande plasticité mais transforme fondamentalement la distribution des rôles dans l'établissement pratique de la norme.

L'un des effets, induits, de la souplesse du *fair use* est de « déléguer » certains arbitrages aux juges. Logiquement, l'établissement d'une norme de comportement devrait relever du choix du législateur après un débat au Parlement où chacun des aspects de la solution à rechercher aura été évoqué et soupesé. « Déléguer » aux juges la recherche pratique d'une solution – qui fera jurisprudence et même dans certains des Etats aura valeur de précédent – transforme assez radicalement le processus d'élaboration de la norme.

La solution nouvelle retenue par l'intermédiaire d'une appréciation de type *fair use* aura été adoptée, en dépit de la généralité des termes de la loi, en vertu de circonstances particulières ou de contingences spéciales, propres au cas soumis, parfois éloignées d'une pesée plus large des intérêts en cause. Et la solution retenue, propre à une espèce, sera parfois présentée comme susceptible d'une certaine généralité alors même que cette dimension n'aura jamais vraiment été discutée. On mesure que cette approche impressionniste des solutions à retenir correspond assez mal à l'édification d'une politique plus générale en la matière ayant pour but principal la satisfaction de l'intérêt général.

On ajoutera la perte d'un autre aspect, non négligeable, des vertus de la loi au regard des autres autorités.

La loi est aussi pédagogie. Son verbe fixe les normes de comportement, chaque citoyen sachant à quoi s'attendre. Mais peut-elle parfaitement remplir ce rôle lorsqu'elle ne repose que sur des notions floues aux contours indéterminés ? La démarche sacrifie, au profit d'une certaine souplesse, toute prévisibilité. Et lorsque la solution sera enfin connue, *a posteriori*, ce sera assez tardivement, le temps que l'interprétation soit fixée par la cour régulatrice (et laquelle ?).

Le système est-il vraiment juste ?

La mise en œuvre de l'exception de *fair use* suppose un important travail de démonstration afin d'emporter la conviction du juge au moment où ce dernier est appelé à statuer. Or il n'est pas certain que les deux parties au conflit soient parfaitement sur un pied d'égalité dans ce processus. Si l'on s'attache aux quelques derniers grands procès mettant en œuvre l'exception aux États-Unis, force est de remarquer l'inégalité économique et juridique existant entre les plaideurs. Assez souvent, le « nouvel entrant » qui entend s'imposer dans un secteur – et pour ce faire, mobiliser le bénéfice de l'exception de *fair use* – dispose d'une équipe de juristes, nombreux et aguerris, que son opposant n'a pas les moyens de mobiliser. C'est dire que ne triomphe pas toujours celui qui a nécessairement raison, mais plutôt celui qui a les moyens de démontrer qu'il pourrait avoir raison. On est assez loin de l'arbitrage objectif voulu en amont par un législateur impartial et mettant *a priori* sur la table les conditions susceptibles de permettre de bénéficier d'une marge de liberté. Il serait bien naturellement excessif de considérer que toutes les décisions judiciaires américaines sont empreintes de ce déséquilibre mais il serait extraordinairement imprudent d'affirmer que cela ne risque jamais d'être le cas.

En définitive, dans la contemplation des avantages et des inconvénients d'un système de type *fair use*, il n'est possible de ne retenir au profit de celui-ci que le bénéfice d'une certaine souplesse. Est-ce suffisant pour promouvoir son adoption – et donc l'abandon d'une liste d'exceptions prévoyant des hypothèses particulières – alors même, d'une part, que les inconvénients semblent très nombreux et, d'autre part, que les analyses les plus récentes de spécialistes généralement assez critiques du système mis en place par la directive du 22 mai 2001 (voir, par exemple, l'étude menée par Bernt Hugenholtz et Martin Senftleben, *Fair use in Europe: in search of flexibilities*⁵⁸) concluent pourtant à une certaine plasticité du système européen ? On peut en douter surtout si l'on voit combien le *modus operandi* paraît étranger à la culture juridique européenne.

Aussi la mission considère-t-elle que la conception analytique des exceptions, porteuse d'un équilibre et d'un message en faveur de la protection, doit être conservée.

2.2.2.2 Préciser le destinataire du test

Si la Cour a interdit de lire le triple test comme une autorisation de « découvrir » des exceptions au-delà de la liste de l'article 5, une question demeure néanmoins, celle du destinataire de ce triple test. S'agit-il des législateurs nationaux uniquement ou les juges nationaux sont-ils aptes à se saisir de l'instrument pour vérifier la conformité de l'usage querellé au test – en plus des conditions de l'exception – dans chaque cas d'espèce ? Dans le premier cas, le passage au « filtre » du test n'interviendrait que lors de l'instauration de l'exception par le législateur national, *in abstracto* en quelque sorte ; le juge national ne serait alors pas autorisé à s'en saisir, mais il devrait se contenter de vérifier les conditions de l'exception elle-même. Dans la seconde hypothèse, le test constituerait une condition supplémentaire, s'ajoutant à chaque exception, condition soumise à l'appréciation *in concreto* du juge.

L'article 5, paragraphe 5 de la directive 2001/29 précise que les exceptions ne sont *applicables* que si elles satisfont aux trois critères du test, ce qui semble placer l'instrument dans le champ de l'exercice judiciaire du droit et non seulement dans celui de l'existence légale. Cette délégation au juge permettrait d'ailleurs d'assurer une appréciation plus fine de la situation, en fonction de l'évolution des usages et des techniques. En effet, il peut alors être nécessaire de retreindre la portée d'une exception qui, à un instant *t* ne causait pas de préjudice, mais qui, à *t+1*, concurrence l'exploitation normale. Cette évolution n'était

⁵⁸ Les auteurs considèrent notamment que les exceptions de la directive 2001/29 offrent des marges d'interprétation du fait de leur imprécision, qui leur permet d'évoluer et d'embrasser des champs nouveaux.

d'ailleurs pas étrangère au législateur européen dès l'origine puisque le considérant 44 de la directive 2001/29 en reconnaît la nécessité :

« (...) Lorsque les États membres prévoient de telles exceptions ou limitations, il y a lieu, en particulier, de tenir dûment compte de l'incidence économique accrue que celles-ci sont susceptibles d'avoir dans le cadre du nouvel environnement électronique. En conséquence, il pourrait être nécessaire de restreindre davantage encore la portée de certaines exceptions ou limitations en ce qui concerne certaines utilisations nouvelles d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés ».

Selon la Commission européenne⁵⁹ pourtant, le test s'adresserait non pas au juge mais au législateur national. L'outil ne serait qu'un filtre *a priori* pour le législateur, qui se doit ainsi de poser la limite *maximum* de l'exception.

En France, on a pu penser au contraire que le test s'adressait au juge, qui s'en est d'ailleurs une fois saisi sans vraiment se l'approprier⁶⁰. On a même pu considérer que l'arrêt *Infopaq* ⁶¹ ne contredisait pas ce fait puisque l'article 5.1 intègre déjà un raisonnement économique.

Pour l'heure, il ne semble pas que la CJUE ait tranchée cette question du destinataire du triple test. Si les juges européens ont confirmé que l'article 5 paragraphe 5 « n'intervient qu'au moment de l'application de celles-ci par les États membres »⁶², ils n'ont pas davantage précisé sa mise en œuvre.

Mais on sent bien que l'enjeu est important car selon l'interprétation retenue, il peut être délégué au juge un pouvoir sur les exceptions susceptible de remettre en cause certains usages dans l'environnement numérique.

Certes, les opposants à l'utilisation du test au moment du procès soulignent l'insécurité juridique générée par cette situation. Ce à quoi on peut répondre que le *fair dealing* britannique, à destination du juge, n'en génère pas plus que cela (d'autant que ceux qui dénoncent cette insécurité milite aussi parfois pour le *fair use*...). Et aussi que la situation actuelle en génère sans doute encore davantage ! En effet, les États membres sont aujourd'hui complètement soumis aux interprétations de la CJUE, interprétations qui contrarient fortement leurs traditions nationales, mais ne prend pas nécessairement en compte le contexte de l'usage.

Dans ces conditions, cette mission considère qu'il serait judicieux que l'État français se prononce en faveur de la mention expresse de la destination de l'outil du triple test aux juges nationaux. En effet, pour peu que ces derniers s'en saisissent, cet instrument pourrait facilement contrebalancer l'abaissement du niveau de protection du fait de la lecture permissive par la Cour de certaines exceptions. Les juges pourraient ainsi bloquer une utilisation *a priori* exemptée, en considération de l'évolution des pratiques et du dommage que celles-ci peuvent causer à l'exploitation normale. Le test pourrait alors devenir un instrument de rééquilibrage au bénéfice des ayants droit et en considération de l'évolution des media et des techniques. Aussi, en cas de réouverture de la directive, la France pourrait réclamer la mention expresse de cette délégation au juge.

⁵⁹ Audition de la DG marché intérieur et service, Direction de la propriété intellectuelle.

⁶⁰ Voir l'arrêt *Société Studio Canal et autres c/ Association UFC* précité.

⁶¹ Voir CJUE, 17 janvier 2012, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagblades Forening*, aff C-302/10.

⁶² Voir l'arrêt *ACI Adam* précité.

2.2.2.3 Préciser le contenu de certaines exceptions

Comme on l'a vu, la Cour ne s'inscrit pas nécessairement dans la continuité par rapport à la pensée législative. La volonté du législateur de l'époque peut être dépassée au nom de l'établissement du marché unique.

Aussi, la CJUE procède souvent à un élargissement de l'exception, à laquelle elle donne un champ plus étendu ou nouveau. Cette extension s'inscrit soit en amont, soit en aval de l'usage, soit sur les fondements ou le contexte même de l'exception.

En amont, on peut citer l'arrêt du 11 septembre 2014, qui autorise, au nom du principe de l'effet utile, une reproduction (sous forme de numérisation) « accessoire », dans le cadre d'une application de l'article 5, paragraphe 3, sous n⁶³, qui place hors du champ du monopole l'exception de recherche par consultation sur place dans des bibliothèques. En soi, l'arrêt peut paraître peu inquiétant, mais le raisonnement qu'il sous-tend doit interroger. D'abord, la Cour prend des libertés avec le texte même de la directive, qui n'évoque qu'une mise à disposition⁶⁴. Ensuite, poursuivra-t-elle ce raisonnement pour d'autres exceptions, en décidant, demain, que le plein bénéfice de telle ou telle limitation (par exemple la courte citation) peut autoriser une reproduction accessoire – mais intégrale ! – en amont ? Mais alors, comment articuler cette « autorisation » jurisprudentielle avec l'exception obligatoire de l'article 5, paragraphe 1, qui elle aussi permet une reproduction accessoire ? Surtout, à quoi sert d'encadrer une exception comme le fait l'article 5, paragraphe 1 si on permet ensuite de généraliser le raisonnement ?

En aval, ensuite, comme on l'a dit, la Cour considère parfois que la création d'une œuvre seconde n'est pas nécessaire au bénéfice de l'exception, dans des domaines où, par tradition, l'exception était aussi un moyen d'alimenter la création⁶⁵. C'est la raison pour laquelle il doit exister, en droit français, une œuvre citante et une œuvre parodiant pour pouvoir bénéficier respectivement de l'exception de courte citation et de l'exception de parodie. Ainsi, non seulement ces exceptions participent de la liberté d'expression, mais elles s'inscrivent également dans un processus créatif, alimentant de ce fait le patrimoine en général. L'utilité de ces limitations est donc doublement démontrée.

Pourtant, la Cour de justice semble insensible à ce second objectif. En effet, elle a décidé que la création d'une œuvre ne s'imposait pas comme une condition pour bénéficier de l'exception de citation comme de l'exception de parodie.

La négation opérée par la Cour de justice change en profondeur la philosophie du système, dans la mesure où la Cour conteste, au moins en partie, le fondement des exceptions, leur utilité sociale. Surtout, ce faisant, elle impose une révision des fondements sans que les États n'aient pu prendre part au processus de réflexion.

Enfin, la cour offre parfois des interprétations extensives d'exceptions qui permettent de dépasser le contexte pour lequel l'exception avait été créée. Notamment, on constate que le dernier état de la jurisprudence sur l'article 5, paragraphe 1 fait douter de sa conformité aux intentions premières. En effet, originellement, l'exception de l'article 5, paragraphe 1 relève de la simple logique : le bon sens s'oppose à ce qu'une seule et unique transmission s'analyse en *x* reproductions du fait de la circulation sur les réseaux. De même, il apparaîtrait inconcevable que le destinataire d'une œuvre licitement mise à sa disposition soit dans

⁶³ Voir CJUE, 11 septembre 2014, Technische Universität Darmstadt, aff. C-117/13 : « lorsqu'il s'agit de l'utilisation, par communication ou mise à disposition, à des fins de recherches ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés, à des particuliers dans les locaux des établissements visés au paragraphe 2, point c), d'œuvres et autres objets protégés faisant partie de leur collection qui ne sont pas soumis à des conditions en matière d'achat ou de licence ».

⁶⁴ Encore que l'hypothèse fait bien exception aux articles 2 et 3 de la directive.

⁶⁵ A comparer avec le fondement originel du *fair use* (v. *supra*).

l'obligation de solliciter une autorisation distincte du seul fait de la reproduction automatique qui s'opère en mémoire vive de son ordinateur. On le constate aisément, les reproductions dont il s'agit sont nécessitées par la technique. La règle s'inscrit fort logiquement dans la lignée de celle offrant une responsabilité limitée au profit des fournisseurs d'accès à internet prévue par la directive « commerce électronique » (art. 13).

Mais la jurisprudence récente s'est affranchie de ce champ initial. Il ne s'agit plus seulement désormais d'exempter les reproductions techniques nécessitées par les transmissions numériques⁶⁶. En ce sens, la mission considère que la Commission européenne devrait livrer le sens de cette exception pour en cerner les véritables frontières ; le risque est en effet, à force d'interprétations déliées, que l'exception finisse par être « expatriée » de son cadre originel et de sa logique, en quelque sorte « acculturée » (lien avec la directive « commerce électronique »).

La Commission européenne pourrait en outre profiter de cette intervention pour régler l'harmonisation des directives entre elles, en particulier sur ce point. En effet, la France a exclu du champ de l'exception, avec l'aval de l'UE et en contemplation de l'acquis communautaire⁶⁷, les bases de données et les logiciels, ce qui vide de façon très importante l'exception de sa substance. Or, cette exclusion est bien le résultat de l'absence d'articulation entre les différents textes, défaut que la Commission devrait corriger par souci de cohérence.

Pour toutes ces raisons, la mission considère que, si la directive 2001/29/CE devait être rouverte, le Gouvernement français devrait demander à la Commission européenne de préciser sa volonté s'agissant des exceptions. Il s'agirait donc ici de clarifier à la fois le lien entre la transposition et le contenu de l'exception, et les conditions exactes des exceptions en général. Cette démarche permettrait de contenir l'extension du champ des exceptions opérée par la CJUE (sans néanmoins ôter tout pouvoir interprétatif) et d'éviter que les fondements des exceptions soient remis en cause.

2.2.2.4 Rendre certaines exceptions obligatoires ?

Le Gouvernement français a plusieurs fois manifesté son attachement au caractère optionnel des exceptions prévu par la directive, qui laissait aux États membres la flexibilité voulue pour mettre en œuvre leur politique culturelle en prévoyant des exceptions et limitations en faveur de certaines catégories d'utilisateurs. Cela étant, il paraît assez évident que la réouverture de la directive engendrera une discussion (sans doute houleuse) sur les exceptions, certains prônant une harmonisation poussée sur la question. Afin de préparer la prise de position française, la mission souhaite porter à la connaissance du ministère un certain nombre d'éléments.

A côté de propositions générales sur la base des exceptions existantes, il convient de développer plus précisément le sort de certaines exceptions nouvelles.

2.2.2.4.1 Propositions générales sur la base des exceptions existantes

⁶⁶ Voir CJUE, 5 juin 2014, MeltWater, aff. C-360/13 dans la partie sur le TDM.

⁶⁷ Les deux directives spéciales prévoient des exceptions particulières au droit de reproduction. Or, le considérant 20 de la directive 2001/29/CE affirme : « La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur, notamment les directives 91/250/CEE [programmes d'ordinateur], 92/100/CEE [location-prêt], 93/83/CEE [satellite-câble], 93/98/CEE [durée de protection] et 96/9/CE [bases de données]. Elle développe ces principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. Les dispositions de la présente directive doivent s'appliquer sans préjudice des dispositions desdites directives, sauf si la présente directive en dispose autrement ».

De façon générale, les exceptions sont à la fois des dérogations aux droits exclusifs – et en cela il convient de ne pas les multiplier, au risque de réduire le monopole à peau de chagrin – et des espaces de respiration du droit, qui permettent aussi de prendre en compte les aspirations du public ou de certains « utilisateurs » d'œuvres, ce qui facilite parfois l'acceptation de la réservation. Tout est donc ici question d'équilibre.

L'interventionnisme de la CJUE à l'endroit des exceptions, les remises en cause qui s'ensuivent, ainsi que l'insécurité juridique générée conduisent à s'interroger sur l'opportunité d'une véritable harmonisation des exceptions en en rendant certaines obligatoires.

La question de l'intervention du législateur européen se pose d'autant plus que le Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, adopté le 27 juin 2013, sous l'égide de l'OMPI, pose une hypothèse d'exception obligatoire, plus précise que l'exception de handicap contenue dans la directive 2001/29/CE. En effet, le texte autorise certaines organisations à reproduire, distribuer et rendre accessible des copies au format accessible par les personnes visuellement déficientes. Le Traité a pour objectif de garantir que les livres publiés dans le cadre d'exceptions au droit d'auteur dans des formats tels que le braille, l'impression en gros caractères, l'e-book et le livre audio avec outils de navigation spéciaux, puissent être disponibles au-delà des frontières, non seulement au sein de l'UE, mais aussi entre l'UE et des pays tiers.

L'Union doit-elle reprendre, dans sa législation, les exigences du traité ? Doit-elle modifier l'article 5 de la directive pour intégrer la règle nouvelle ? Il est certain que l'exception de handicap européenne est beaucoup plus large et imprécise, l'article 5, paragraphe 3, sous c excluant du monopole les « *utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap* ». Mais le traité s'impose sans aucun doute aux Etats membres et à l'Union européenne, qui en est signataire (avril 2014). Pour autant, la réforme pourrait être l'occasion de clarifier le texte concerné, au moins par souci de cohérence avec le traité.

Outre cette exception catégorielle imposée, il importe de s'interroger sur les autres exceptions, déjà présentes dans la liste de l'article 5 de la directive 2001/29 et qui pourraient devenir obligatoires, ainsi que les nouvelles exceptions qui pourraient être adoptées.

A titre liminaire, il faut rappeler le cadre de l'intervention législative. En effet, la démarche qui consiste à intervenir sur les exceptions, soit pour les revisiter soit encore pour en créer de nouvelles, doit en principe être justifiée. L'Union devrait en amont démontrer le besoin socio-économique qui l'oblige à intervenir, ce qu'elle n'a pas encore fait. D'autant que l'exception déroge au principe du monopole et le législateur doit donc intervenir avec parcimonie, au risque, dans le cas contraire, de ruiner le principe. D'ailleurs, considérant la liste déjà longue des exceptions, les ayants droit se sont unanimement montrés réticents à la création de nouvelles exceptions qui grignoteraient encore un peu plus le principe du monopole. Sans compter que ces nouvelles limitations ne correspondraient pas, en parallèle, à un renforcement, sur d'autres terrains, des droits.

En outre, l'harmonisation ne paraît pas nécessaire lorsque l'exception n'a pas d'effet transfrontalier, car alors le marché unique n'est pas en cause. Et il ne suffit pas d'asséner que le marché unique est en cause, encore faut-il le démontrer. Dans ces hypothèses, les exceptions devraient rester facultatives.

Par ailleurs, avant de proposer de nouvelles limitations ou de modifier le champ ou la nature d'une exception, il conviendrait de vérifier que les exceptions existantes ne permettent pas de régler les difficultés – si difficultés il y a.

Enfin, l'idée même de rendre certaines exceptions (déjà existantes ou nouvelles) obligatoires impose de réfléchir au(x) critère(s) qui devrai(en)t présider au choix. En effet, si des exceptions devaient être rendues obligatoires, la démarche devrait être légitimée par le recours à des critères objectifs quant au choix des exceptions.

Sur cette question, quelques propositions ont pu être esquissées par certains ayants droit, sans qu'on puisse dire qu'elles fassent consensus. Des ayants droit ont néanmoins proposé que certaines des exceptions ou limitations facultatives soient rendues obligatoires à l'échelle européenne en considération de l'intérêt social qu'elles présentent (sous réserve bien évidemment de l'application du triple test, car les situations nationales comme sectorielles peuvent justifier des ajustements différents, même si les conditions internes de l'exception sont réunies). Les exemples donnés sont ici les exceptions au profit des bibliothèques (art. 5, 2 c et 5,3, n) ou encore l'exception pédagogique. D'autres exceptions pourraient être rendues obligatoires car touchant aux droits et libertés fondamentaux. Il est notamment fait référence à l'exception de citation. Au rebours, lorsque les exceptions relèvent de particularités locales ou qu'elles ne présentent pas d'enjeu déterminant, il pourrait être recommandé de les conserver comme facultatives.

La proposition pourrait donc consister à mettre en avant des critères non contestés pour légitimer les exceptions obligatoires.

La mission considère que le critère le plus légitime serait sans conteste celui des droits fondamentaux. Il permettrait en outre d'internaliser le mécanisme rectificatif externe que constitue le recours à l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (liberté d'information, « droit du public à l'information »...). En France, l'article 10 est presque devenu une clause de style, très souvent invoqué pour échapper à la contrefaçon. Pour l'heure, le juge refuse de faire droit à ces demandes. Mais une des affaires concernées, l'affaire *Musée de Lodève*⁶⁸, a suscité une réaction législative, la loi du 1^{er} août 2006 ayant intégré l'exception de presse au 9° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle⁶⁹.

La prise en compte déclarée de cette préoccupation légitime tarirait sans doute cette voie externe dans la mesure où l'équilibre interne des droits seraient clairement imposé par l'UE⁷⁰. C'est peut-être aussi le sens de la jurisprudence de la CJUE. En particulier, dans son application des exceptions, la Cour souligne la nécessité de préserver un équilibre entre les droits des titulaires et la liberté d'expression de l'utilisateur – mouvement dont on pourrait déduire aussi que les libertés fondamentales pourraient être un critère en matière d'exceptions.

A titre d'exemple de cette démarche, il est loisible de citer un arrêt récent, rendu en grande chambre et relatif à l'exception de parodie⁷¹ :

« Cela étant, l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie, au sens de l'article 5, paragraphe 3, sous k), de la directive 2001/29, doit respecter un

⁶⁸ Voir Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2003, v. not. *Propr. intell.* 2004, p. 550, obs. A. Lucas.

⁶⁹ « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) 9° La reproduction ou la représentation, intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur. – (al. 2) Le premier alinéa du présent 9° ne s'applique pas aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information. – (al. 3) Les reproductions ou représentations qui, notamment par leur nombre ou leur format, ne seraient pas en stricte proportion avec le but exclusif d'information immédiate poursuivi ou qui ne seraient pas en relation directe avec cette dernière donnent lieu à rémunération des auteurs sur la base des accords ou tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés ».

⁷⁰ Reste que le recours aux droits fondamentaux pour échapper aux sanctions de la contrefaçon est développé par certains contrefacteurs même lorsque l'usage est indiscutablement contraire au droit d'auteur. On observera à cet égard que le site « *The Pirate Bay* » n'a pas hésité à saisir la Cour européenne des droits de l'homme pour contester la légitimité des mesures prises par un Etat sur le terrain de la lutte contre la contrefaçon.

⁷¹ Voir l'arrêt *Johan Deckmyn* précité, point 34.

juste équilibre entre, d'une part, les intérêts et les droits des personnes visées aux articles 2 et 3 de cette directive et, d'autre part, la liberté d'expression de l'utilisateur d'une œuvre protégée se prévalant de l'exception pour parodie, au sens de cet article 5, paragraphe 3, sous k) » (pt 34).

Ces exceptions, fondées sur la liberté d'expression, pourraient être notamment l'exception de citation (art. 5, 3, d), l'exception de parodie (art. 5, 3, k) ou encore l'exception d'information relative aux discours publics (art. 5, 3, f). De même, le droit au procès équitable, entendu largement, pourrait également fonder le caractère obligatoire de l'exception de sécurité publique et de procédure (art. 5, 3, e). Encore que, ici, la mission souhaite ajouter que lorsque l'usage n'est pas transfrontalier, il apparaît beaucoup moins impérieux de réaliser l'harmonisation, dans la mesure où, alors, l'atomisation des solutions n'empêche pas le marché unique.

Un autre critère permettant de décider du caractère obligatoire de l'exception pourrait, selon certaines personnes auditionnées, être le fort enjeu sociologique de celle-ci. Certaines limitations sont comprises, dans de nombreux États de l'Union, comme des contreparties indispensables à l'existence du monopole.

Il en serait ainsi, précisément, de l'exception de copie privée, qui suscite d'ailleurs régulièrement des contentieux (internes et aussi européens s'agissant de la rémunération pour copie privée notamment). De ce fait, il pourrait être décidé de rendre l'exception obligatoire à la fois dans son principe, dans ses conditions⁷² et dans son régime. Le régime de la compensation est déjà quelque peu « unifié » par la CJUE⁷³. Pour autant, des divergences sont toujours notables d'un État membre à l'autre, sur la forme, les modalités et le niveau de la compensation. L'Espagne par exemple a décidé de mettre le paiement à la charge de l'État et applique donc un pourcentage dérisoire ; la Grande-Bretagne de son côté considère qu'elle n'aura pas à compenser l'exception du fait du caractère minime du préjudice.

L'absence d'harmonisation est d'ailleurs soulignée par la CJUE dans l'arrêt *Amazon*⁷⁴, comme une sorte d'appel au législateur pour qu'il intervienne ; le considérant 20 indique en ce sens :

« La Cour a également jugé que, dans la mesure où les dispositions de la directive 2001/29 ne règlent pas explicitement cette question, les États membres disposent d'une large marge d'appréciation pour déterminer qui doit acquitter cette compensation équitable (voir arrêt Stichting de Thuiskopie, 16 juin 2011, C-462/09, point 23). Il en est de même en ce qui concerne la détermination de la forme, des modalités et du niveau éventuel de cette compensation ».

En outre, il serait également utile que le législateur européen clarifie sa position sur l'application de l'exception de copie privée dans le *cloud* (en particulier dans le cas du « casier personnel »). Nul doute qu'on se dirige là vers un mode de consommation de masse. Aussi serait-il bon que la Commission prenne position pour éviter des réactions divergentes au sein des États de l'Union.

Enfin, il convient d'indiquer que des ayants droit se sont prononcés en faveur d'une compensation systématique de toute exception au droit d'auteur. La voie semble dangereuse à la mission. Car une compensation automatique pourrait réduire à néant l'intérêt du triple test. En effet, on pourrait facilement considérer que toute exception compensée passerait automatiquement le triple test, ce qui en réduirait la portée et l'intérêt renouvelé proposé par la mission. Sans compter qu'en certains cas, il n'y a pas grand-chose à compenser (exception de procès par ex.).

⁷² Sur l'exigence de la condition de source licite, voir l'arrêt ACI Adam précité.

⁷³ Voir CJUE, 21 octobre 2010, Padawan, aff. C-467/08.

⁷⁴ Voir, CJUE, 11 juillet 2013, Amazon, aff. C-521/11.

2.2.2.4.2 Propositions particulières sur la base de situations nouvelles

Trois exceptions méritent qu'on s'y intéresse plus avant du fait de l'intérêt suscité tant au niveau européen que national et des situations nouvelles qu'elles révèlent. Il s'agit de l'exception en faveur des bibliothèques, de l'exception pour les usages transformatifs et du *text and data mining*. La première fait l'objet d'une attention particulière au niveau européen car la pression est forte, les progrès technologiques ayant renouvelé la question. Les deux suivantes ont non seulement retenu l'intérêt de l'Union, mais également celui du ministère de la Culture, par le biais du CSPLA.

Certains souhaitent que chacune de ces hypothèses fasse l'objet d'une exception obligatoire. La mission a un avis plus nuancé sur la question.

L'exception en faveur des bibliothèques

L'exception en faveur des bibliothèques est connue du droit européen. Elle a même donné lieu à deux dispositions dans la directive 2001/29. Pourtant, c'est une situation nouvelle que mettent en avant les bibliothèques pour demander leur renouvellement en profondeur, au point que la demande ne ressemble en rien au droit positif.

L'article 5 de la directive autorise deux exceptions facultatives au droit exclusif intéressant les bibliothèques :

- une exception au droit de reproduction pour certains actes généralement entendus comme des actes de reproduction à des fins de conservation et d'archivage (article 5, paragraphe 2, point c),
- une exception aux droits de reproduction et de mise à disposition du public pour la consultation d'œuvres par des particuliers, à des fins de recherche ou d'études privées, au moyen de terminaux spécialisés mis à disposition dans les locaux des bibliothèques (article 5, paragraphe 3, point n).

L'article 6 paragraphe 1 de la directive 2006/115/CE relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle permet aussi aux États membres de mettre en place une limitation au droit de mise à disposition du public en cas de prêt physique par des bibliothèques publiques, en contrepartie d'une rémunération.

Enfin, la directive 2012/28/UE du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines oblige les États membres à mettre en place une exception ou une limitation au droit de reproduction et de mise à disposition du public (art. 2 et 3 de la directive 2001/29/CE) pour certaines œuvres orphelines, *i.e.* dont le titulaire des droits n'a pu être retrouvé ou localisé malgré des recherches diligentes, au profit des bibliothèques, musées, archives, dans le cadre de leur mission d'intérêt public.

Il faut d'abord remarquer que l'ensemble est éclaté, ce qui nuit à la clarté du système, et peut donner l'impression, à la lecture de la seule directive 2001/29 que les lieux de liberté sont minces.

Certains reprochent néanmoins au système le fait que les transpositions en droit interne prévoient des conditions – relatives à l'objet, au nombre et aux bénéficiaires potentiels des

reproductions ou à la possibilité de changer de format – qui varient beaucoup d'un Etat membre à l'autre. Ces différences peuvent, dit-on, empêcher certaines institutions de participer à des projets transnationaux. Encore que, pour répondre aux revendications, il faudra bien démontrer l'effet transfrontalier des usages en cause.

D'autres reprochent encore aux exceptions d'être aujourd'hui insuffisantes. Il est vrai que les nouvelles techniques ont donné à cette question de la diffusion du savoir un tour tout à fait inédit. Les revendications sont variées, allant de la réalisation d'opérations de numérisation de masse des collections des bibliothèques (mais est-ce souhaitable – possible ?), au prêt électronique, en passant par la consultation à distance d'œuvres appartenant aux collections.

Certains représentants des bibliothèques soutiennent sur ce point que l'exclusion des prêts et consultations à distance d'œuvres numériques du champ des exceptions met en péril leur mission de diffusion du savoir et de la culture, tant auprès des chercheurs et universitaires qu'auprès du grand public.

Les représentants des auteurs et des éditeurs estiment au contraire que l'existence d'une défaillance de marché nécessitant l'élargissement du champ des exceptions n'est pas établie. Des contrats de licence existent, qui permettent aux chercheurs et universitaires d'accéder à distance aux publications scientifiques. Rien ne s'oppose à ce que des contrats de licence avec les éditeurs organisent le prêt d'œuvres numériques à destination du grand public.

Toutefois, des chercheurs soulignent l'importance de pouvoir accéder facilement à distance aux collections et publications, par exemple en cas de disparition des éditeurs ou d'interruption des abonnements⁷⁵.

Eu égard à l'importance de la mission des bibliothèques dans la diffusion du savoir, une évolution des exceptions existantes est envisageable pour une meilleure prise en compte du progrès technologique. Mais la technologie n'est pas neutre sur le préjudice occasionné aux titulaires de droit. Des usages acceptables parce que limités sont susceptibles de devenir, en profitant du progrès, très dommageables. On peut même imaginer qu'ils ne passent pas le triple test. Aussi faut-il rester prudent dans les propositions.

Une proposition pourrait être de généraliser l'exception de préservation pour éviter qu'elle soit limitée à certains types d'œuvres ou certains modes de reproduction. En outre, l'exception de consultation pourrait être mise à jour pour échapper à l'obligation de « terminaux spécialisés ». En effet, l'objectif de consultation sur place n'impose pas la consultation sur des terminaux dédiés et on pourrait concevoir une mise en œuvre de l'exception autorisant les utilisateurs à accéder aux ressources concernées grâce à leur propre ordinateur, par un intranet sécurisé, ce qui permettrait de répondre de manière satisfaisante aux développements des technologies.

S'agissant de la numérisation de masse, un certain nombre d'outils ont déjà été mis en place. Ainsi, la directive 2012/28/EU du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines a posé un principe de reconnaissance mutuelle pour résoudre la question de la numérisation des œuvres dont le titulaire des droits ne peut être retrouvé malgré des recherches diligentes⁷⁶. Par ailleurs, un *MoU*⁷⁷ a encouragé la prise en compte des œuvres indisponibles (ce qui s'est traduit en France par la loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle, qui a mis en place un système de gestion collective et une base de données avec possibilité d'*opt out* pour les titulaires de droits). Il faut saluer ces différentes initiatives en faveur de la diffusion de savoir. En

⁷⁵ Aujourd'hui, l'accès n'est permis que tant que l'abonnement court ; en cas d'interruption, l'abonné n'a plus du tout accès à la ressource, y compris sur sa période d'abonnement.

⁷⁶ Transposition en cours en France.

⁷⁷ *MoU « Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works »*, 20 sept. 2011.

revanche, la mission considère qu'aucune exception ne devrait autoriser une numérisation de masse des collections des bibliothèques. La solution contractuelle – et sans doute sectorielle, car les problématiques sont très différentes d'un secteur à l'autre – doit être privilégiée.

Enfin, le prêt électronique n'est couvert par aucune exception. La plupart des ayants droit considère qu'une exception en faveur du prêt électronique aurait sur le marché du livre numérique un impact beaucoup plus important que n'en a l'exception en faveur du prêt physique sur le marché du livre papier, dès lors que les bibliothèques pourraient rendre des services identiques à ceux rendus par les libraires⁷⁸. En conséquence, le prêt électronique ne peut être autorisé que par le biais d'accords de licence. Éditeurs et bibliothèques expérimentent des solutions par lesquelles ils essayent d'introduire pour le prêt électronique des frictions similaires à celles qui existent pour le prêt physique (plafonnement du nombre de prêts simultanés, nouvelle acquisition obligatoire au bout d'un certain nombre de prêts, téléchargement obligatoire pendant les heures de bureau, etc.). Ici, il conviendrait donc également d'encourager la solution négociée.

Les créations transformatives

D'abord, il faut relever que l'Union européenne parle plus volontiers des UGC (*user-generated contents* – contenus générés par les utilisateurs) que des créations transformatives, confondant d'ailleurs parfois les deux, réduisant en d'autres occasions les premiers aux secondes⁷⁹. Cette imprécision terminologique est problématique, car tout le monde ne vise pas la même réalité, ce qui ne permet pas d'avancer sur des bases solides. D'ailleurs, l'atelier sur le sujet des UGC, dans le cadre du programme *Des licences pour l'Europe*, n'a pas pu parvenir à un consensus. Pour beaucoup, il s'agit de liciter tous les échanges non commerciaux, ce qui constituerait une véritable expropriation pour cause d'utilité privée. Admettre une telle exception conduirait aussi à faire disparaître du paysage législatif français les œuvres dérivées ou composites, dont sont les traductions.

En tout état de cause, l'intérêt européen pour ce sujet est marqué. Preuve en est de l'étude commandée au cabinet De Wolf, remise en décembre 2013, ou encore de la consultation publique de la Commission sur l'évolution du droit d'auteur. Le projet officieux de Livre Blanc proposait plusieurs outils pour sortir de l'impasse : clarifier l'application d'exceptions qui pourraient se révéler pertinentes et privilégier, pour le reste, les solutions négociées (licences) ; il proposait encore de mettre en place des instruments permettant d'accroître l'information sur les droits. Dans un sens proche, l'étude d'impact sur la directive 2001/29 recommandait d'harmoniser et de rendre obligatoires des exceptions existantes au sein desquelles des solutions pourraient être trouvées (citation, parodie, inclusion fortuite).

En France, le CSPLA a pris conscience de l'importance du sujet et a confié une mission sur la création transformative à Mme le professeur Valérie-Laure Benabou. Notre mission renvoie donc sur la question au très complet rapport de Mme Benabou.

Pour ne relever que quelques points de ses développements, il faut noter que, là aussi, une volonté de mettre en place une solution souple et plurielle se fait jour. Ainsi, à côté de la recommandation de préciser les contours de l'exception de citation au regard de la

⁷⁸ Au Danemark, dans le cadre d'un projet pilote associant les deux éditeurs les plus importants et un nombre significatif de bibliothèques, le prêt électronique pendant de longues périodes et sans délai d'attente a été expérimenté. Les éditeurs se sont retirés du projet après avoir constaté que, pour un même livre, le nombre de prêts électroniques était six fois supérieur au nombre d'achats.

⁷⁹ Voir en ce sens le rapport De Wolf, remis à la Commission européenne en décembre 2013 et qui assimile UGC et contenus transformatifs alors que trois catégories d'UGC peuvent être identifiées : les contenus originaux premiers, créés par des utilisateurs et mis à disposition par eux ; des contenus protégés ou non mis à disposition par des personnes qui n'en sont pas auteurs ; des contenus qui mêlent des œuvres premières à des apports originaux en vue de réaliser une création transformative.

jurisprudence *Painer*, Mme Benabou conseille d'« accompagner et poursuivre la réflexion sur la mise en place de solutions contractuelles et légales relatives à la diffusion d'œuvres par des “amateurs” ». Il est notamment proposé d'instituer un mécanisme de centralisation des autorisations lorsque la diffusion est opérée par l'intermédiaire d'une plateforme. Pour ce faire, soit l'acte d'exploitation pourrait être directement imputé à l'intermédiaire technique – ce qui supposerait de revoir le régime de responsabilité spéciale (ce qui n'est pas dans les projets de la Commission) –, soit l'obtention des autorisations serait gérée grâce à un mandat (contractuel ou légal, si besoin) de leurs clients aux plateformes. Cette dernière hypothèse aurait l'avantage de la simplicité.

Se posera néanmoins ici la question du statut d'« amateur » et en, corollaire, celle de l'utilisation « non marchande ». Lors de notre mission, de fortes oppositions se sont manifestées sur ces thématiques, qui sous-tendent la question de la gratuité et de sa définition. Beaucoup ont souligné que les usages des UGC sont très divers, allant de l'échange au sein de petits groupes à la diffusion à grande échelle par le biais des plateformes d'échange sur internet. Eu égard au succès que peuvent rencontrer certaines créations et aux revenus directs ou indirects, par le biais de bandeaux publicitaires notamment, que peuvent en retirer les créateurs ou les plateformes d'échanges sur internet, il ne serait pas possible de soutenir que les UGC ne relèvent pas de la sphère marchande.

Enfin, il faut ajouter que Mme Benabou rejette, tout comme cette présente mission (et pour les raisons décrites plus haut), l'adoption d'un système ouvert de type *fair use* et qui pourrait couvrir à la fois les usages et les créations transformatifs. Elle s'oppose aussi à l'exportation d'une exception du type de celle existant au Canada⁸⁰. Dans ces deux démarches, elle souligne et critique l'acculturation qui devrait s'opérer.

Le text and data mining ou exploration de données

Le *text and data mining* (TDM) ou exploration de données présente un enjeu stratégique majeur pour l'économie et la recherche européennes. L'importance du sujet est telle qu'une mission a été confiée par le CSPLA à Me Jean Martin, lequel a rendu son rapport en juillet 2014.

Selon ce rapport, « l'activité d'exploration de données est un processus de recherche automatisé qui porte sur un ensemble de données numériques dans le but de découvrir de nouvelles connaissances ou de nouvelles idées ».

Le rapport de la mission relative à l'exploration de données considère que cette activité met en œuvre le monopole de droit d'auteur et le droit *sui generis* des producteurs de bases de données. En effet, le TDM nécessite, en général, des reproductions ou des extractions quantitativement ou qualitativement substantielles en amont et il ne peut être excusé, selon la mission Martin, par aucune des exceptions de droit positif. La recommandation est donc de privilégier une solution négociée, par une autorégulation sectorielle (qui semble d'ailleurs s'engager), et de réfléchir à une exception de recherche (à des fins non commerciales)⁸¹.

Notre mission souhaite apporter quelques éléments de réflexion supplémentaires sur ce sujet, en proposant des analyses qui s'appuient des décisions postérieures de la CJUE.

Avant tout, si, en l'état de la technique, le TDM nécessite une reproduction « au moins provisoire » (selon les mots de la mission Martin), il faut se demander si, à terme, on ne pourra pas s'en passer, auquel cas le monopole ne serait pas mis en œuvre. Ce qui ne signifie pas qu'il n'y a pas parfois, dans ces pratiques, une captation de valeur qu'il conviendrait de

⁸⁰ Voir l'article 29.21 de la loi canadienne C-42 sur le droit d'auteur.

⁸¹ Le projet de livre blanc de juillet 2014, qui n'aura d'ailleurs jamais connu d'existence officielle, va d'ailleurs dans ce sens.

rééquilibrer. Mais dans la mesure où le progrès de la technique est susceptible de supprimer l'acte d'exploitation (au sens de la propriété littéraire et artistique), il faut sans doute éviter de créer une exception dédiée qui deviendrait obsolète aussitôt adoptée ou presque.

Ensuite, en considérant que le TDM requiert une reproduction, il faudrait se demander si, au vu des évolutions récentes de la jurisprudence de la CJUE sur l'article 5, paragraphe 1 de la directive 2001/29/CE⁸², cette pratique ne pourrait pas trouver ici une voie d'exemption. La disposition impose aux États membres d'extraire du monopole « les actes de reproduction provisoire visés à l'article 2 qui sont transitoires ou accessoires et constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, ayant pour unique finalité de permettre a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou b) une utilisation licite d'une œuvre », dès lors que ces actes « n'ont pas de signification économique indépendante ». Certes, la disposition ne s'applique pas, en droit français, aux logiciels et aux bases de données. Mais, en réalité, cette exclusion est davantage le résultat d'une mauvaise articulation des textes par l'Union européenne⁸³.

S'agissant de la première condition de l'exception, il faudra démontrer que la copie n'est pas pérenne, mais que, au service d'une autre opération, elle ne sera conservée que le temps de la fouille. C'est ce caractère provisoire qui serait sans doute le plus problématique pour le TDM, encore que la jurisprudence de la CJUE apparaît favorable à une lecture « ouverte » de l'exception.

S'agissant de la deuxième condition, la CJUE a souligné qu'elle posait une alternative (caractère transitoire *ou* accessoire). Dans l'hypothèse du TDM, le caractère transitoire⁸⁴ sera sans doute difficile à caractériser. Mais il est légitime de se demander si l'acte de reproduction n'est pas accessoire. L'arrêt *MeltWater*⁸⁵ indique en effet qu'un acte de reproduction est accessoire « *s'il n'a ni existence ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont il fait partie* ».

La troisième condition requiert que les actes de reproduction en cause constituent une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. L'exigence se subdivise en deux éléments cumulatifs : d'une part, les actes de reproduction doivent être entièrement effectués dans le cadre de la mise en œuvre d'un procédé technique et, d'autre part, la réalisation de ces actes de reproduction doit être nécessaire, en ce sens que le procédé technique ne pourrait pas fonctionner de manière correcte et efficace sans ces actes. Il semblerait que le TDM puisse remplir ces exigences.

La quatrième condition renvoie à la finalité de la reproduction. La directive paralyse le droit exclusif pour les actes « *ayant pour unique finalité de permettre a) une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou b) une utilisation licite d'une œuvre* ». Ici, la finalité renvoie à l'acte lui-même est non aux motivations des intéressés. La première hypothèse semble répétitive. Il s'agit de démontrer que l'acte est nécessaire, au plan technique, pour assurer une transmission efficace de l'œuvre (performance, vitesse de traitement des requêtes), entre tiers – un ayant droit, propriétaire du site, et un internaute – par un intermédiaire technique. La seconde hypothèse, alternative, fait céder le monopole pour les

⁸² Voir, outre les arrêts *Football Association Premier League* et *MeltWater* précités, les arrêts CJUE, 16 juillet 2009, Infopaq 1, aff. C-5/08 et 17 janvier 2012, Infopaq 2, aff. C-302/10.

⁸³ Voir le considérant 20 de la directive 2001/29/CE sur le respect de l'acquis.

⁸⁴ Cette condition se caractérise principalement par la volatilité des copies : l'acte est exempté parce que la durée de la fixation est brève. La jurisprudence européenne a cependant apporté des précisions sur cette condition ; l'arrêt Infopaq a ainsi précisé qu'« *un acte ne peut être qualifié de « transitoire » (...) que si sa durée de vie est limitée à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné, étant entendu que ce procédé doit être automatisé de sorte qu'il supprime cet acte de manière automatique, sans intervention humaine, dès que sa fonction visant à permettre la réalisation d'un tel procédé est achevée* ».

⁸⁵ Voir CJUE, 5 juin 2014, *Meltwater*, aff. C-360/13, par lequel il a été jugé qu'un acte de reproduction est accessoire « *s'il n'a ni existence ni finalité autonomes par rapport au procédé technique dont il fait partie* ».

reproductions provisoires ayant pour unique finalité de permettre « *une utilisation licite d'une œuvre* »⁸⁶. L'expression est peu claire et on considère que l'exigence renvoie en réalité, dans le sillon de l'acquis communautaire, à celle d'utilisateur légitime en matière de logiciels et de bases de données. L'analyse est néanmoins fragile et on ne sait pas encore quelle limite la jurisprudence européenne offrira à cette condition et si elle permettra de couvrir, pour le TDM, l'hypothèse d'un utilisateur ayant un accès licite à l'œuvre ou à la base.

Enfin, la dernière condition implique une absence de signification économique indépendante de la reproduction. Elle exclut sans doute les copies qui permettent de générer des recettes publicitaires, voire des glissements horizontaux de revenus entre services. Pour autant, on peut, là encore, s'interroger au sujet du TDM. En effet, ici, ce n'est pas tant la reproduction qui a une signification indépendante que la mise en perspective, en corrélation, des données extraites.

Par ailleurs, il faut encore se demander si l'exception de citation ne pourrait pas, en certaines hypothèses, servir de fondement aux opérations de TDM. En effet, on sait que la jurisprudence européenne n'exige pas d'œuvre citante pour bénéficier de l'exception. Par ailleurs, on peut se demander si le principe de l'effet utile par exemple ne pourrait pas permettre la réalisation d'une copie de l'œuvre en amont. L'hypothèse n'est pas théorique : c'est bien ce qu'a déjà décidé la CJUE au sujet de l'exception de recherche par consultation sur place dans les bibliothèques de l'article 5, paragraphe 3, sous n⁸⁷ :

« Ce droit de communication d'œuvres que tirent les établissements, tels que les bibliothèques accessibles au public, visés à l'article 5, paragraphe 3, sous n), de la directive 2001/29, dans les limites des conditions prévues à cette disposition, risquerait d'être vidé d'une grande partie de sa substance, voire de son effet utile, si ceux-ci ne disposaient pas d'un droit accessoire de numérisation des œuvres concernées » (pt 43).

Comme on l'a recommandé plus haut dans les propositions générales, cette tendance à l'extension du champ des exceptions justifie que la Commission européenne reprenne la main sur cette question. Si elle le faisait, elle pourrait alors empêcher les lectures extensives proposées et il faudrait alors s'interroger à nouveau sur une exception spécifique pour le TDM. A moins que, comme certains le pensent, l'exception de recherche puisse servir d'assise à la fouille de données, comme le relève d'ailleurs le rapport de la mission Martin. Ce rattachement permettrait aussi d'éviter d'ajouter encore une nouvelle exception à la longue liste de l'article 5. Certes, en l'état, l'exception n'est pas obligatoire et, même lorsqu'elle existe dans les droits nationaux, sa transposition fait l'objet de grandes variations. En France par exemple, elle est particulièrement encadrée et ne permettrait pas, en l'état, de couvrir le TDM. Le rattachement impliquerait donc de revoir l'exception européenne.

Déjà, la Grande-Bretagne s'est apparemment fondé sur l'article 5, paragraphe 3, point a de la directive⁸⁸ pour instituer une exception de TDM à des fins de recherche et dans un cadre non-commercial⁸⁹. C'est aussi la recommandation que le projet de livre blanc avait proposée⁹⁰. La mission Martin souligne d'ailleurs qu'« *il pourrait être utile que la Commission développe*

⁸⁶ Voir aussi le considérant 33 de la directive 2001/29/CE : « Une utilisation est réputée être licite lorsqu'elle est autorisée par le titulaire du droit ou n'est pas limitée par la loi ».

⁸⁷ Voir l'arrêt Technische Universität Darmstadt précité.

⁸⁸ « Les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations aux droits prévus aux articles 2 et 3 dans les cas suivants : / a) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique, sous réserve d'indiquer, à moins que cela ne s'avère impossible, la source, y compris le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi (...) ».

⁸⁹ CDPA 1988, § 29A *Copies for text and data analysis for non-commercial research*

(1) *The making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that—*

(a) *the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose, and*

des recommandations à l'attention des États-membres afin de clarifier dans quelle mesure les activités d'exploration de données sont couvertes par le droit de la propriété intellectuelle et dans quelle mesure elles s'insèrent dans le cadre des exceptions existantes pour les usages à des fins de recherche ».

C'est dire que le droit positif offre peut-être des ressources que la Commission européenne se devra d'explorer avant de pouvoir proposer une nouvelle exception dédiée. Mais c'est dire aussi que certaines exceptions doivent être révisées pour préciser ou adapter leur contenu.

2.3. La question de la territorialité des droits ne peut être réexaminée qu'avec la plus extrême prudence

Dans sa lettre de mission adressée à M. Oettinger, le futur président de la Commission européenne, M. Juncker indique que « *Users should be offered access to services, music, movies and sports events on their electronic devices wherever they are in Europe and regardless of borders* ».

L'idée de services transfrontaliers disponibles quel que soit le territoire européen n'est pas nouvelle. Sa mise en œuvre s'est cependant, autrefois, heurtée à des obstacles d'ordre économique (absence de demande / marché pour des services transfrontaliers à mettre en balance avec les coûts d'acquisition de droits multi-territoires) ou techniques (les moyens traditionnels de télédiffusion) voire juridiques (manque d'harmonisation entre les législations nationales en matière de propriétés intellectuelles⁹¹). Avec le développement des techniques de diffusion haut débit et des réseaux de communications électroniques, la possibilité de connecter les différents marchés audiovisuels est à nouveau en débat, ainsi que la façon d'y parvenir (*hard law*, *soft law*, programme *Des licences pour l'Europe*). Les services audiovisuels transfrontaliers peuvent être rendus plus largement disponibles au sein de la Communauté⁹²

Demeure alors la question du cadre juridique. Dans l'esprit de beaucoup, il faudrait s'assurer que le cadre législatif européen est suffisamment souple pour favoriser le développement de la demande pour ce type de services. Pour d'autres, ce cadre devrait être rendu plus

(b) the copy is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

(2) Where a copy of a work has been made under this section, copyright in the work is infringed if—

(a) the copy is transferred to any other person, except where the transfer is authorised by the copyright owner,

or

(b) the copy is used for any purpose other than that mentioned in subsection (1)(a), except where the use is authorised by the copyright owner.

(3) If a copy made under this section is subsequently dealt with—

(a) it is to be treated as an infringing copy for the purposes of that dealing, and

(b) if that dealing infringes copyright, it is to be treated as an infringing copy for all subsequent purposes.

(4) In subsection (3) "dealt with" means sold or let for hire, or offered or exposed for sale or hire.

(5) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the making of a copy which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.

⁹⁰ Déjà l'étude d'impact proposait le scénario de l'exception obligatoire et harmonisée à des fins non commerciales de recherche scientifique, couvrant les œuvres protégées et les bases de données, pour des utilisateurs ayant légalement accès aux contenus faisant l'objet d'opérations de TDM.

⁹¹ Le manque d'harmonisation entre les législations nationales est encore plus manifeste s'agissant de la régulation audiovisuelle qui repose très largement sur la subsidiarité, ce qui laisse *de facto* une grande liberté aux États membres sur ces questions.

⁹² En outre, le débat s'inscrit dans le contexte du lancement de services « OTT » en Europe qui ont déclaré avoir pour ambition de couvrir plusieurs territoires ».

contraignant. Demeure cependant la question des équilibres à préserver. Sans remettre en cause le mécanisme de l'octroi des licences fondées sur le droit exclusif et qui valorisent les territoires d'exploitation individuellement, la question de l'opportunité d'apporter certains aménagements aux dispositions de la directive 2001/29/CE paraît donc à cet égard se reposer dans l'esprit de beaucoup.

Paradoxalement la délicate question de la territorialité a très peu attiré l'attention des différentes personnes auditionnées dans le cadre de cette mission. C'est à peine si elle a été évoquée par les associations de consommateurs (possibilité de conserver les habitudes de consommation malgré le passage de frontières ou portabilité des licences pour les consommateurs pérégrins) et quand elle l'a été devant les ayants droits, ces derniers ont surtout souligné leur incompréhension des analyses esquissées au sein de la commission. Les utilisateurs institutionnels ont, pour certains d'entre eux, évoqué leur attachement à une simplification de la mise à disposition des œuvres via le principe du pays d'origine tandis que les prestataires de services insistaient sur le besoin d'amélioration de l'information relative aux différents contenus (identifiants, métadonnées, bases de données pour rationaliser les processus de délivrance des licences).

On observera, cependant, le caractère relatif de ces constats. D'une part, parce que la question n'a pas trouvé sur le territoire français un écho semblable à celui qu'elle a connu à Bruxelles ; d'autre part, parce que situation paraît assez variable selon les secteurs concernés.

2.3.1. Les raisons mises en avant par les producteurs pour s'opposer à une remise en cause de la territorialité paraissent fondées

Pour les producteurs de l'audiovisuel, le thème de la territorialité est un faux débat dans la mesure où les constructions contractuelles utilisées actuellement couvrent généralement les usages projetés par les consommateurs tandis que l'harmonisation croissante des règles relatives aux droits d'auteur et aux droits voisins, tant à l'échelle européenne que mondiale, rend inutile toute intervention en ce domaine.

L'argumentation alors mise en avant est la suivante.

Il n'existe guère de domaine aussi harmonisé au niveau international et européen que la propriété littéraire et artistique. Il y a au moins cinq traités internationaux, précis, sophistiqués au regard des évolutions techniques et ratifiés par de nombreux pays.

S'agissant des solutions européennes, il y a également au moins cinq directives spécialisées, auxquelles il faut ajouter la directive 2000/31/CE. La directive 2001/29/CE est elle-même la transposition de traités internationaux et prévoit une définition très précise des droits substantiels, une exception obligatoire, une liste fermée d'exceptions et un principe d'interprétation sanctionné le cas échéant non seulement par la CJUE mais aussi par un mécanisme arbitral international à travers les accords de l'organisation mondiale du commerce (OMC).

Tous les outils existent pour qu'aient été mis en place des mécanismes de licence partout dans le monde, à un niveau de protection élevé des droits concernés et avec le maximum de plasticité contractuelle pour affronter toutes les situations techniques rencontrées. Et ces licences paraissent être, à l'échelle mondiale, l'outil le plus efficace de valorisation et de circulation des œuvres.

Il en ressort que tous les modèles économiques peuvent s'appuyer sur les outils juridiques figurant aujourd'hui dans le corpus de règles applicables à la propriété littéraire et artistique en

général et au droit d'auteur en particulier. Il n'est nul besoin de modifier l'état du droit en la matière, d'autant que la marge de modification sera très étroite.

Les difficultés éventuellement rencontrées, qui restent à clarifier de la part de la Commission européenne, tiennent donc aux pratiques d'opérateurs économiques et c'est donc à travers les règles applicables aux comportements des opérateurs économiques en droit européen qu'il est possible d'agir. Par le biais du droit de la concurrence, notamment, si tant est qu'il soit constaté un abus au sens des règles européennes ou nationales.

S'agissant de la territorialité, l'expérience montre, selon les producteurs, que ce n'est pas à travers la règle du pays d'origine que l'on peut empêcher une éventuelle fragmentation territoriale. La seule chose à laquelle aboutit cette règle - qui est perçue par les ayants droits comme une forme d'« expropriation » de la protection du pays de destination - est un affaiblissement de leur situation par l'élection d'un pays d'origine « moins disant » s'agissant de la teneur de la protection (pour les quelques points qui demeureraient non harmonisés) ou moins généreux.

Plus fondamentalement, l'immense majorité des producteurs entendus ne parvient pas à s'expliquer l'attachement de certains protagonistes - jusqu'à la commission européenne - pour une solution reposant sur le pays d'origine. Cette voie était une construction qui pouvait se comprendre à l'époque de la directive « télévision sans frontières » (TVSF)⁹³ mais qui semble aujourd'hui ne plus correspondre aux situations à appréhender. Certains des ayants droits insistent sur la nécessité qu'il y a de réfléchir à nouveau au concept de « neutralité technologique » sur lequel la Commission européenne s'est fondée pour justifier l'application de la règle du pays d'origine lors de la révision de la directive TVSF. Mais, pratiquement, tous font valoir qu'il y a lieu aujourd'hui de changer la façon de penser car la solution ancienne était essentiellement faite en contemplation, d'une part, d'un seul secteur - celui de l'audiovisuel - et, d'autre part, pour des techniques et des modes de consommation qui n'ont plus rien à voir avec ceux qui se sont aujourd'hui développés.

L'application de la protection du pays de destination découle des règles internationales du droit d'auteur mais également de l'application à ce domaine des règles générales du droit international privé. Quand il n'est pas démontré une impossibilité de mettre en œuvre les principes généraux applicables à tous, il serait illégitime, selon les producteurs, d'empêcher un ayant droit de bénéficier de la protection de la loi du pays désigné par la règle de conflit ou par le choix contractuel.

Les producteurs font également valoir que l'analyse du comportement des acteurs économiques permet de constater que les licences territoriales ne résultent pas d'une vision protectionniste de ces acteurs mais du fait que les financements cinématographiques et audiovisuels, ainsi que les marchés, sont territoriaux. Pour ce qui concerne les financements cinématographiques et audiovisuels, cela a déjà été expliqué dans plusieurs rapports : en raison de l'intensité d'investissement, le préfinancement des films est crucial et même vital et seuls les acteurs économiques nationaux sont actuellement désireux de le faire. Pour ce qui concerne les marchés, la langue, les goûts, le droit de la consommation et des données personnelles, etc. importent. Selon les ayants droit, cet ensemble de facteurs conduits à un logique « versionnage » des plateformes en fonction des particularités des marchés. Le constat ne serait pas purement franco-français et d'autres acteurs d'autres États de l'Union européenne, estiment que la territorialité des droits d'auteur ne devait pas être considérée comme un obstacle, mais plutôt comme une chance à saisir pour les États membres et les opérateurs afin de s'adapter aux besoins spécifiques de certains marchés. Et de souligner une fois de plus que les obstacles à la création de services innovants et à l'émergence d'un marché

⁹³ Directive 89/552/CE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

unique du numérique résideraient surtout dans les disparités en matière de droit de la concurrence, de fiscalité et de pratiques culturelles et linguistiques.

Du point de vue des ayants droit, la conséquence concrète de la volonté du nouveau président de la Commission européenne de « briser les silos nationaux » serait de faire appliquer à toute l'Europe la loi du ou des pays les plus avantageux pour les plateformes ou la loi la moins protectrice des ayants droits et de faire financer par l'Europe via le programme *Europe Creative Media* toute la création cinématographique et audiovisuelle européenne, aujourd'hui pour l'essentiel financée au niveau national.

Cette approche basée sur le pays d'origine incite *de facto* les acteurs extra-européens à adopter un comportement bien connu de « *forum shopping* », leur permettant de bénéficier d'avantages concurrentiels importants vis-à-vis des acteurs locaux. Or, un nombre croissant d'États membres de l'UE prend conscience des limites de l'application de la règle du pays d'origine en matière fiscale et accueille très favorablement l'entrée en vigueur des nouvelles règles relatives à la taxe sur la valeur ajoutée - appelées à évoluer vers la notion de pays de destination / consommation⁹⁴. Dès lors, ne serait-il pas plus cohérent pour le développement du secteur d'aligner ces deux logiques – en matière fiscale et en droit d'auteur – sur un même critère, celui du pays de destination ?

La majorité des ayants droit se montre également extrêmement réservée à propos des débats - connexes - qui accompagnent généralement la réflexion relative à la problématique de la territorialité. Ainsi, s'agissant de la substance des droits patrimoniaux et de la distinction entre reproduction et communication au public, qui pourraient être remises en cause, il est fait observer que les solutions et les constructions actuelles font partie des principes garantis sur le plan international et représentent, dans l'esprit des acteurs comme dans celui des institutions en charge de la propriété littéraire et artistique, le socle irréductible du droit d'auteur. Or il apparaît à tous que cette base est nécessaire et tout autant justifiée dans l'environnement des réseaux électroniques.

Les différents échanges font apparaître une véritable incompréhension des initiatives européennes de la part des producteurs. L'inefficience des constructions actuelles, et donc l'existence de « freins » au développement du marché intérieur, n'ayant pas été démontrée, ces ayants droits ne sont pas persuadés de la nécessité de remettre en cause le système existant au prétexte de la gêne prétendument éprouvée par les consommateurs ou en raison des vœux exprimés par des « nouveaux entrants » ? S'agissant de ces derniers, est-il du rôle de l'union européenne de faciliter les initiatives d'opérateurs venus d'outre-Atlantique au détriment des industries culturelles existantes au sein de l'Union ? Les producteurs ont beau jeu de faire observer que le moindre disquaire ou espace culturel a plus d'interlocuteurs qu'iTunes France qui gère en définitive assez peu de contrats, les petits détenteurs de catalogues se regroupant via des « agrégateurs ».

S'il faut permettre l'éclosion de nouveaux projets, d'autres solutions peuvent être envisagées prioritairement. L'information sur les droits, par exemple, doit être promue, notamment à travers des métadonnées ouvertes sur ce sujet.

La position des producteurs et de la très grande majorité des ayants droit est donc bien claire : la Commission européenne s'engage sur une voie dont elle n'a pas démontré la nécessité et sans même prendre en considération les inconvénients manifestes qui lui sont consubstantiels.

Demeure cependant le vœu politique - affirmé par la nouvelle Commission européenne - de prise en considération des aspirations des consommateurs (pourtant peu étayées dans le cadre de cette mission).

⁹⁴ Voir l'article 5 de la directive 2008/8/CE du 12 février 2008 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne le lieu des prestations de services, qui modifie la territorialité des prestations de services à distance à compter du 1^{er} janvier 2015.

2.3.2. *La satisfaction des intérêts des consommateurs n'appelle pas nécessairement une modification de la substance des droits existants*

Si l'on s'attache à la question du point de vue des diffuseurs à l'écoute de cette démarche, la problématique peut prendre un autre aspect.

La réflexion à mener, alors, dans la perspective de développer un marché unique des offres audiovisuelles numériques, pourrait consister à envisager le principe d'une « portabilité audiovisuelle ». L'abonné ayant licitement acquis le droit d'accéder à une offre audiovisuelle (linéaire ou non linéaire) dans son pays d'origine devrait pouvoir bénéficier de la portabilité extranationale de son abonnement en souscrivant une option auprès du service qui délivre l'abonnement concerné.

Dans les faits, devraient ainsi être autorisées l'utilisation par un client d'une offre payante de son système de contrôle d'accès en dehors du territoire sur lequel opère l'éditeur de services et la portabilité des services auxquels un utilisateur a souscrit de manière à pouvoir accéder à ces services quel que soit l'endroit où il se trouve, c'est-à-dire sur le territoire de souscription mais aussi à partir de tout autre territoire (utilisation extranationale).

Mais s'il peut être soucieux de rendre ce service à son abonné, l'éditeur de service ne peut être indifférent aux coûts de l'opération⁹⁵. C'est dire que cette dernière ne devrait pas avoir pour conséquence de le contraindre à acquérir de droits supplémentaires pour l'ensemble des territoires de réception dans lesquels l'abonné demanderait à avoir accès à l'offre à laquelle il a souscrit depuis son pays d'origine. Les coûts liés à de telles acquisitions de droits, territoire par territoire, seraient en effet hors de proportions avec les données économiques des offres transfrontalières (marché estimé et investissements matériels à réaliser par les distributeurs pour permettre la portabilité).

L'on peut citer, sur le sujet de la territorialité, l'affaire Murphy / Premier League⁹⁶ qui ne concernait cependant pas le domaine des droits d'auteur et droits voisins.

On rappellera qu'il s'agissait de questions préjudicielles posées à la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion d'un litige opposant une exploitante d'un pub anglais, Mme Murphy, à la Football Association Premier League (FAPL), au Royaume-Uni devant la High Court of Justice.

Le litige concernait avant tout les relations entre la FAPL et les pubs anglais pour la diffusion dans ces lieux publics des matches de la Premier League.

En l'occurrence, Mme Murphy s'était procurée, de manière tout à fait licite, un abonnement et un décodeur d'un diffuseur grec (ayant lui-même obtenu les droits de diffusion de la Premier League licitement, via la FAPL) pour pouvoir diffuser les matches au sein de son

⁹⁵ Voir, sur ce point, Bomsel, Olivier et Rosay, Camille, Cerna, « De l'importance de la territorialité », novembre 2013, p. 5 (http://www.cerna.ensmp.fr/images/stories/media/Importance_de_la_territorialite.pdf) : « Moins de 6% des citoyens de l'UE seraient prêts à payer pour avoir accès à des programmes provenant d'un autre pays de l'Union. (...) Du côté du consommateur, le consentement à payer pour ces services demeure marginal. Or, si une option de portabilité paneuropéenne émergeait, elle devrait être tarifée au maximum du consentement à payer européen, ou alors, à des prix différents dans chaque territoire. Dans le premier cas, les consommateurs moins-disant se tourneraient vers le marché gris. Dans le second, les consommateurs valorisant la portabilité iraient acheter là où les services sont les moins chers. Apparaîtraient alors de nouveaux 'marchés gris', renchérissant encore les coûts d'application des licences ».

⁹⁶ Voir CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League et autres c/ QC Leisure et autres & Karen Murphy c/ Media Protection Services, aff. C-403/08 et C-429/08.

établissement, à des conditions moins onéreuses que celles proposées sur le territoire du Royaume-Uni par BSkyB, un des diffuseurs officiels de la Premier League.

La Cour considéra que l'interdiction de commercialiser des cartes de décodeur étrangères était contraire au principe de libre prestation de services et ne pouvait être justifiée par la FAPL ni au regard de l'objectif d'encourager la présence du public dans les stades ni au regard de l'objectif de protection des droits de propriété intellectuelle. L'octroi même de licences exclusives par territoires nationaux pour la diffusion des rencontres de Premier League ne semble pas, pour autant, avoir été remis en question.

Quelles orientations spécifiques retenir éventuellement sur le terrain du droit d'auteur et des droits voisins où la commercialisation des droits se fait avant tout territoire par territoire et partant, avec lesquels la décision *Murphy* pourrait apparaître comme totalement inconciliable?

Existe-t-il un moyen pratique d'articuler les modes de commercialisation des droits privatifs avec le principe de portabilité audiovisuelle énoncé plus haut ou avec la solution dégagée par la CJCE dans cette affaire? Notamment par de simples aménagements contractuels en partant du principe que la vente des droits, dès l'origine, dans un pays donné emporte le droit de consentir à l'utilisateur final « un droit d'accès » à l'œuvre ainsi achetée, où qu'il se trouve par la suite? Ou bien faut-il envisager une nouvelle construction juridique assurant cette « portabilité des droits » sans rompre des équilibres délicats? On comprend que, aux yeux de beaucoup, le contenu ou les conditions de mise en œuvre de la directive 2001/29/CE pourraient être aménagés pour permettre la portabilité des offres audiovisuelles au sein de l'Union Européenne. Soit qu'il s'agisse d'un changement de substance des droits accordés. Soit qu'il faille reconnaître en quelque sorte, un droit « d'accès » pour le consommateur final à l'œuvre pour laquelle il a obtenu des droits dans son territoire national ou un droit de « distribution » transnational qui y correspondrait. La première voie est plus radicale et bien évidemment redoutée. Faut-il vraiment l'emprunter sans avoir exploré toutes les possibilités qu'offrent réellement la deuxième? Et cela d'autant plus qu'un changement de substance ne semble pas, à nombre de protagonistes, une solution adaptée au but recherché. Sans évoquer ses éventuels « effets de bord ». La prudence est d'autant plus de mise qu'est ici en cause la mutation de l'industrie audiovisuelle européenne.

Cet aménagement éventuel (du droit exclusif ou plus probablement des modes d'octroi des autorisations dans le cadre du droit exclusif), s'il devait intervenir, devrait toutefois être assorti d'un renforcement des dispositions de la directive 2001/29/CE en matière de lutte contre le piratage et la contrefaçon qui continuent à se développer au travers des réseaux numériques. L'article 8 de la directive pourrait ainsi être utilement complété et renforcé s'agissant des sanctions et voies de recours.

Enfin, l'aménagement de la directive 2001/29/CE devrait être accompagné d'un réexamen de la directive 2000/31/CE dans le sens d'un renforcement de la protection des titulaires de droits d'auteurs et droits voisins.

3. La révision de la directive 2001/29/CE implique un réexamen soit du statut protecteur conféré à certains prestataires techniques par la directive 2000/31/CE, soit de certains des effets de ce dernier

La très grande majorité des personnes auditionnées a voulu souligner les effets importants – trop souvent négatifs – qu'a provoqués la mise en œuvre de la directive 2000/31/CE (dite « commerce électronique ») dans le champ de la mise à disposition des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des éléments couverts par un droit voisin du droit d'auteur.

Les conséquences négatives de la mise en œuvre des solutions posées par cette directive sont assez simples à résumer.

Sur un plan pratique, l'opposabilité aux ayants droit des régimes des articles 12 à 15⁹⁷ a généralement pour effet l'inefficacité des droits accordés aux auteurs et titulaires de droits voisins lorsque les œuvres sont utilisées ou recueillies par certains prestataires techniques (voir *infra* 3.1.).

Les conséquences de ce premier phénomène sont assez faciles à constater sur un plan purement économique. D'abord, parce que les ayants droit font observer que la mise en œuvre

⁹⁷ Article 12 Simple transport ("Mere conduit")

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire:

- a) ne soit pas à l'origine de la transmission;
- b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission et
- c) ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission.

2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 13 Forme de stockage dite "caching"

1. Les États membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que:

- a) le prestataire ne modifie pas l'information;
- b) le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information;
- c) le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises;
- d) le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information et
- e) le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible.

2. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette fin à une violation ou qu'il prévienne une violation.

Article 14 Hébergement

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou
- b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.

des règles protectrices de propriété littéraire et artistique est généralement lourde et onéreuse pour des résultats qui ne sont pas, du reste, toujours satisfaisants. Ensuite, parce que les bénéficiaires de droits de propriété littéraire et artistique estiment, de ce fait, subir un réel appauvrissement alors même que les prestataires techniques concernés réaliseraient un enrichissement par « captation de la valeur » des œuvres de l'esprit.

Cette « captation de valeur » est souvent niée. Notamment, par la mise en avant, par les prestataires techniques, de la gratuité des services offerts aux internautes.

Cette argumentation ne saurait convaincre.

D'abord parce que la gratuité pour l'internaute est toute relative. L'affirmation passe sous silence les coûts à la fois directs et indirects supportés par l'internaute⁹⁸. Les coûts directs sont liés aux dépenses d'équipements et de services pour avoir justement accès aux contenus offerts via les réseaux. Ces dépenses, en la matière, sont fort importantes, tranchant singulièrement avec l'absence de revenus pour les ayants droit à propos de ces mêmes contenus. L'internaute subit également un coût indirect de cette gratuité issue du modèle « multi-versant » dominant dans l'univers de l'accès ou de la circulation. Bien qu'elle soit au cœur de l'économie numérique, la gratuité peut à terme conduire à une forme de contradiction interne du système rendant incompatible une économie de l'attention fondée sur la tentation de captations de données à grande échelle et le respect des libertés publiques. La gratuité de l'accès trouve en effet sa contrepartie dans des actes de commercialisation de données sur les goûts et les pratiques des internautes. Il suffit, ici, de renvoyer au rapport de la récente mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique⁹⁹ pour constater que les données – personnelles ou comportementales – collectées à propos des internautes sont au cœur de l'économie numérique. Dans le cadre d'un modèle multi-versant, le prestataire capte, traite et monétise ces données. Soit que ces dernières aient fait l'objet d'une saisie explicite par l'internaute ; soit qu'elles résultent du recueil de traces d'utilisation d'une application ; soit qu'elles soient déduites de traitements et recoupements. Les prestataires les ayant recueillies les valorisent en les mettant à disposition d'annonceurs publicitaires, en les vendant ou encore en s'en servant afin de personnaliser les services rendus à leurs clients.

Or, on l'a dit, c'est le plus souvent à l'occasion d'actes de consultation d'œuvres de l'esprit que les internautes laissent ainsi les traces utilisées et monétisées par des prestataires techniques. L'absence de paiement d'un prix direct ne signifie donc pas l'absence de modèle économique, mais la vérité oblige à constater que les sommes ainsi générées ne profitent nullement aux ayants droit puisque nombre de prestataires techniques négligent de solliciter ceux-ci au prétexte de règles issues de la directive 2000/31/CE qui les soustraient de toute responsabilité *a priori*. C'est, du reste, en cela que la gratuité des modèles dits « trifaces » s'oppose radicalement à celle rencontrée dans les médias plus traditionnels, en modèle biface

Article 15 Absence d'obligation générale en matière de surveillance

1. Les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

2. Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement.

⁹⁸ Voir sur la question Farchy, Joëlle, Méadel, Cécile, Sire, Guillaume, « La gratuité, à quel prix ? Circulation et échanges de biens culturels sur Internet », Presses des mines, Cahiers de l'EMNS, à paraître 2015.

⁹⁹ Voir Collin P., Colin N., *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, rapport au ministre de l'économie et des finances, au ministre du redressement productif, au ministre délégué chargé du budget et à la ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, janvier 2013, disponible en ligne, <http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>.

(TF1 ou M6, reçus gratuitement par les téléspectateurs, rémunèrent les ayants droit des œuvres mises à disposition du public)¹⁰⁰.

On comprend donc que, dans ce contexte, les ayants droit aient pu manifester leur étonnement de voir la commission vouloir rouvrir la directive 2001/29/CE sans s'interroger sur l'opportunité de reconsidérer certaines des solutions retenues par la directive 2000/31/CE (voir, *supra*, partie 1).

Cependant, l'unanimité rencontrée sur le terrain des constats ne se retrouve plus dès lors qu'il s'agit d'envisager les solutions à apporter.

De façon pragmatique, les sociétés de gestion collective réunissant des auteurs ou des artistes interprètes proposent – à la suite d'un important travail réalisé par la SACEM – la mise en place d'un régime nouveau, instituant une compensation à la charge de certains des prestataires techniques qui tout en mettant en œuvre le monopole des ayants droit échappent en réalité à l'opposabilité de ce dernier grâce aux dispositions des articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE (3.1.). Cette solution n'est pas partagée par la majorité des producteurs, très attachés au respect de leur monopole d'exploitation et peu soucieux de voir leurs droits exclusifs indirectement réduits à une fonction de simple droit à rémunération. Toutefois, validant les analyses juridiques et économiques réalisées par la SACEM dans l'étude proposée aux autres sociétés de gestion collective, les producteurs entendent poursuivre le raisonnement présenté dans ce document pour revendiquer la mise à l'écart de certains des effets de la directive 2000/31/CE dans le champ de la propriété littéraire et artistique (3.2.). Parallèlement à la modélisation de ces raisonnements, certaines institutions françaises n'ont pas abdiqué tout espoir de voir un jour rouverte la directive 2000/31/CE de sorte qu'est proposée la création de nouveaux statuts susceptibles d'offrir des solutions plus adaptées aux situations créées par l'évolution des pratiques et des techniques (3.3.). Ou encore d'impliquer d'autres acteurs – des modes de paiement ou de la publicité – afin de tarir les sources de contrefaçon (3.4.).

3.1. Les sociétés de gestion collective d'auteurs et d'artistes interprètes proposent la création d'un système de compensation équitable au profit des titulaires de droits

Cette solution a été présentée par la Sacem à la suite de nombreuses études approfondies réalisées ou commandées par elle. Le raisonnement qui conduit à l'adoption de cette solution est ainsi résumé par la Sacem :

« 1/ Le législateur européen a choisi en 2000, par le biais de la directive 2000/31/CE, d'exonérer les intermédiaires techniques de leur responsabilité juridique pour les

¹⁰⁰ Voir sur la question Farchy, Joëlle, Méadel, Cécile, Sire, Guillaume, étude précitée sur la gratuité, notamment la conclusion : « Dès lors que la question du paiement des droits n'est pas internalisée dans les coûts de la plateforme, le modèle n'est plus tout à fait celui du marché biface classique de l'économie des médias mais un marché triface (Evans, 2003 ; Rysman, 2009 ; Seamans et Zhu, 2013 ; Pollock 2010) qui introduit dans l'activité de la plateforme, outre les internautes et les annonceurs publicitaires, un nouvel agent économique, le fournisseur de contenus, absent du modèle illégal. Ainsi sur le marché du référencement :

- sur un versant du marché, le moteur de recherche fournit gratuitement aux internautes de l'information qui en échange leur fournit de l'audience ;

- sur un second versant, le moteur fournit gratuitement de l'indexation aux fournisseurs de contenus qui veulent que les internautes trouvent leurs sites et le fournisseur de contenus fournit gratuitement – à son insu - des œuvres à la plateforme afin d'augmenter son audience ;

- sur le troisième versant, enfin, le moteur vend à des annonceurs publicitaires l'audience réalisée grâce aux résultats obtenus sur les deux premiers versants ».

contenus protégés qu'ils transmettent ou stockent. L'objectif était d'encourager le développement des réseaux de communication dont les effets bénéfiques du point de vue de l'accès à la culture, du droit à l'information et de la liberté d'expression sont indéniables.

2/ A l'origine, la directive 2000/31/CE était censée ne pas contredire la directive 2001/29/CE adoptée peu après en 2001. Malgré la volonté affichée d'établir, par ces deux instruments, « un cadre réglementaire clair en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires en cas de violation du droit d'auteur et des droits voisins au niveau communautaire »¹⁰¹, leurs objectifs respectifs se sont révélés contradictoires : d'un côté, la volonté d'assurer un haut niveau de protection du droit d'auteur et des droits voisins, de l'autre, l'objectif affiché de rassurer les prestataires de services de la société de l'information en leur garantissant une immunité leur permettant de développer leurs activités.

3/ Toutefois, tant que le régime d'irresponsabilité conditionnelle n'était appliqué qu'à un nombre restreint d'opérateurs se contentant de fournir un accès au réseau et de transmettre des données ou d'offrir une prestation purement technique de simple stockage, les points de contact entre les deux directives étaient limités. La coexistence entre les deux instruments, à défaut d'être harmonieuse, était à tout le moins pacifique puisque les prestataires concernés par l'immunité de la directive 2000/31/CE n'effectuaient pas ou peu d'actes relevant du périmètre du droit exclusif, et donc du champ d'application de la directive 2001/29/CE. Le simple transport et le « caching » n'impliquent en effet aucun acte de communication au public, mais seulement des reproductions qui correspondent approximativement à celles couvertes par l'exception de reproduction provisoire prévue à l'article 5, paragraphe 1 de la directive 2001/29/CE. Quant à l'hébergement, il était envisagé au départ comme une prestation purement technique de stockage d'informations fournies par le client, lequel, en tant qu'exploitant du site hébergé, effectue la communication au public desdites informations.

4/ Ce régime d'irresponsabilité conditionnelle est désormais appliqué à des opérateurs qui tirent un bénéfice économique de la circulation des œuvres sur Internet alors qu'il avait été conçu en contemplation de services qui ne concurrencent pas directement l'exploitation des œuvres et contenus protégés. Aujourd'hui, la prétendue neutralité de l'opérateur vis-à-vis des contenus qu'il stocke ou transmet est bien souvent théorique. Contrairement aux prestations purement techniques d'hébergement de sites web par exemple, qui sont véritablement agnostiques en matière de contenus, le modèle économique de certains intermédiaires techniques (moteurs de recherche, réseaux sociaux) repose, non sur une prestation de pur stockage, mais sur la mise à disposition de contenus. Une telle utilisation des œuvres et prestations génère pour l'exploitant de la plateforme des profits, notamment sous la forme de revenus publicitaires, auxquels les titulaires de droits ne sont pas associés.

5/ De leur côté, les titulaires de droit ne peuvent réagir qu'a posteriori aux contrefaçons commises sur les réseaux en exigeant le retrait ou le déréférencement d'un contenu ou le blocage d'un accès à ce contenu. Ils ne peuvent en revanche, avant toute notification d'un contenu illicite, ni obtenir la réparation du préjudice subi du fait de l'utilisation des œuvres et objets protégés, ni négocier auprès de ces intermédiaires sur un plan contractuel une rémunération en contrepartie de ladite utilisation. Ces derniers, s'abritant derrière l'immunité que leur offre la directive 2000/31/CE, refusent en effet de négocier avec les titulaires de droits les conditions financières de l'utilisation des œuvres et objets protégés à laquelle ils se livrent ou contribuent.

¹⁰¹ Voir les considérants 50 de la directive 2000/31/CE et 16 de la directive 2001/29/CE.

L'irresponsabilité conditionnelle des prestataires de services de la directive 2000/31/CE a donc pour effet de limiter l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins sur les contenus stockés ou transmis.

6/ Il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception puisque l'usage que font les opérateurs des contenus n'est pas légitimé. Le système d'irresponsabilité conditionnelle n'a pas pour effet d'exclure du périmètre du droit exclusif des utilisations d'œuvres et d'objets protégés en raison de la finalité poursuivie, comme ce peut être le cas en matière de copie privée, de citation, de caricature, de revues de presse ou d'usage à des fins d'enseignement par exemple. Les titulaires ne sont pas purement et simplement privés de leurs droits exclusifs, ils ne peuvent simplement pas les mettre en œuvre à l'égard de certains opérateurs. L'immunité conditionnelle consacrée par la directive 2000/31/CE paralyse ainsi l'exercice des droits d'auteur et droits voisins à l'égard de ces opérateurs, notamment les exploitants de moteurs de recherche et de plateformes UGC. Il s'agit donc de facto d'une limitation du droit exclusif et il importe peu à cet égard qu'elle ne soit pas consacrée dans la directive 2001/29/CE, mais dans un instrument distinct. Cette limitation porte atteinte à l'exploitation normale des œuvres et objets protégés et cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. Or, l'objectif louable de ne pas entraver le développement de l'Internet ne doit pas se faire au détriment des auteurs et titulaires de droits voisins.

7/ Certaines tentatives ont été faites, au niveau national, pour remédier à cette situation notamment pour ce qui concerne les agrégateurs d'actualités (news aggregators) et les moteurs de recherche d'images. C'est ainsi qu'a été consacré en Allemagne le droit exclusif des éditeurs de presse d'autoriser la mise à disposition de leurs contenus à des fins commerciales¹⁰². De même en Espagne, l'ambitieuse réforme du droit d'auteur annoncée le 14 février 2014 comporte un volet relatif aux moteurs de recherche et agrégateurs d'actualité qui seraient tenus de verser une rémunération équitable pour toute utilisation de brefs fragments¹⁰³. En France, une proposition de loi a été déposée le 8 avril 2014 préconisant un système de gestion collective obligatoire des droits d'auteur pour les activités des moteurs de recherche d'images¹⁰⁴.

8/ De telles solutions sont néanmoins ponctuelles, limitées à certaines catégories d'œuvres et à certains prestataires de services. Eu égard à la variété des prestataires privilégiés et à l'ampleur des utilisations d'œuvres et d'objets protégés concernées, elles sont insuffisantes pour corriger le transfert de valeur dont profitent de nombreux opérateurs du fait de l'utilisation d'œuvres ou d'objets protégés sur Internet. D'où la nécessité de trouver une solution au profit de l'ensemble des titulaires de droit victimes de ce transfert de valeur.

¹⁰² § 87f Abs. 1 S.1 UrhG : « Der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) hat das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte ».

¹⁰³ Referencia del Consejo de Ministros, 14 de febrero de 2014 (Spanish Government press release of 14.2.2014).

¹⁰⁴ Proposition de loi n° 428 du 8 avril 2014 instaurant la gestion collective des droits de reproduction et de représentation d'une œuvre d'art graphique, plastique ou photographique par un service de moteur de recherche et de référencement, présentée par le sénateur Marini. Voir l'exposé des motifs, p. 3 : « Aujourd'hui, les moteurs de recherche, dont Google, s'approprient, sans autorisation, les images sur Internet et les mettent à disposition du public. Ces moteurs de recherche sont devenus les premières banques mondiales d'images, permettant la copie et la réutilisation des images, sans que la moindre rémunération ou contrepartie ne soit accordée à leurs créateurs. (...) Les services de moteur de recherche et de référencement court-circuitent ainsi les rémunérations que les auteurs peuvent percevoir de banques d'images qui offrent un service payant aux utilisateurs, particuliers ou professionnels. Les images référencées sur les moteurs de recherche sont également devenues la source essentielle de reproduction d'images en format réduit ('vignettes') pour les ordinateurs, les baladeurs multimédias, les téléphones et les tablettes multimédias. Cette activité, grâce au volume de pages consultées et au trafic généré sur leurs espaces publicitaires, leur permet de réaliser des bénéfices importants ».

9/ Une voie pourrait être de réviser la directive 2000/31/CE pour limiter le périmètre du régime d'irresponsabilité conditionnelle et en exclure l'application aux prestataires de services qui tirent un bénéfice économique des contenus qu'ils stockent ou transmettent et concurrencent l'exploitation normale des œuvres et objets protégés. Une telle solution a néanmoins l'inconvénient de traiter dans un instrument transversal un problème spécifique au droit d'auteur et aux droits voisins.

10/ Il apparaît dès lors plus judicieux de trouver une solution dans le cadre de la directive 2001/29/CE dont la révision est en cours de discussion. Il s'agirait d'introduire une disposition prévoyant l'obligation pour les États membres de consacrer une compensation équitable au profit des titulaires de droit pour toutes les utilisations d'œuvres et d'objets protégés, laquelle serait supportée par certains intermédiaires techniques de l'Internet.

11/ Une telle solution serait assurément innovante puisqu'aucun mécanisme comparable n'existe à l'heure actuelle, ni au plan européen, ni au plan international. La proposition doit être bien comprise : il ne s'agit pas de légaliser les utilisations illégales de contenus protégés faites sur Internet, pas même les seuls usages dits non marchands¹⁰⁵. La compensation dont il s'agit ici a pour seul objectif d'atténuer l'atteinte aux intérêts légitimes des titulaires de droits résultant de l'extension des immunités de la directive 2000/31/CE à certains acteurs de l'Internet qui ont la capacité de se prévaloir desdites immunités. Elle ne ferait donc pas obstacle à l'exercice de l'action en contrefaçon pour les mises à disposition illicites de la part des utilisateurs de ces intermédiaires. Elle ne remettrait pas non plus en cause la possibilité, pour les titulaires de droits, de négocier des contrats de licence avec des entités qui, par définition, ne peuvent s'abriter derrière le statut d'intermédiaire technique prévu par la directive 2000/31/CE.

12/ Parmi les catégories d'intermédiaires techniques de l'Internet, il convient de déterminer lesquelles effectuent des actes relevant des droits exclusifs des auteurs. Les entités pouvant être assimilés à des hébergeurs, telles que notamment les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les plateformes UGC effectuent des actes de reproduction et/ou de communication au public relevant du droit d'auteur et des droits voisins. Ainsi, les copies crawl et celles relatives au stockage de fichiers numériques incorporant des œuvres et objets protégés relèvent du droit de reproduction. De même, la fourniture d'hyperliens pointant vers des œuvres protégées constitue, sous certaines conditions remplies notamment par les moteurs de recherche, un acte de communication au public. Enfin, le rôle incontournable joué par certaines plateformes pour permettre une mise à disposition d'œuvres protégées, associés à la conscience par ces opérateurs de leur comportement, permettent également de caractériser l'existence d'actes de communication au public leur étant imputables. Il en va différemment des fournisseurs d'accès, qui ne réalisent pas des actes de reproduction relevant du droit exclusif ou des actes de communication au public. La prestation des fournisseurs d'accès est purement technique et se limite à fournir un accès à une infrastructure, non aux contenus protégés eux-mêmes.

13/ L'indemnisation serait à la charge des intermédiaires techniques et devrait être équitable, c'est-à-dire proportionnée au préjudice subi par les ayants droit. À cet égard, l'attribution d'une compensation en contrepartie de la limitation à l'exercice des droits ne présente pas de difficulté majeure de mise en œuvre. Elle serait en premier lieu clairement limitée aux droits exclusifs que constituent les droits d'auteur et les

¹⁰⁵ Voir en France, le dispositif dit de rémunération proportionnelle du partage (RPP) préconisé par la Hadopi et visant à créer une rémunération compensant les échanges non marchands en contrepartie de laquelle de tels usages deviendraient licites, www.hadopi.fr.

droits voisins et bénéficierait donc exclusivement aux ayants droit de ces créations et autres objets protégés. En second lieu, le montant de la compensation pourrait être adapté en fonction de l'activité de l'intermédiaire et du préjudice qui en découle pour les ayants droit. Dès lors que chaque catégorie d'intermédiaire concernée (réseaux sociaux, plateformes UGC, moteurs de recherche) serait redevable d'une compensation, les sommes dues par chacun resteraient modestes et pourraient être calculées à partir d'études d'usage. Par ailleurs, on ne voit pas ce qui justifierait d'exclure de son champ d'application les utilisations portant sur des contenus illicites. Dès lors qu'il s'agit en effet de compenser la paralysie, et non l'exclusion, du droit exclusif engendrée par la directive 2000/31/CE, il importe peu de savoir si les contenus stockés ou transmis par les opérateurs qui bénéficient de cette directive ont été mis en ligne de façon légale ou non. De même, l'impossibilité pour les titulaires de droit de négocier contractuellement les conditions de l'utilisation des œuvres et objets protégés auprès de ces intermédiaires techniques existe indépendamment de la licéité de la mise en ligne initiale des contenus.

*14/ La principale difficulté tient à la multi-localisation des prestations d'intermédiaire technique. Toutefois, les principes dégagés par la CJUE, notamment dans les arrêts *Opus*¹⁰⁶ et *Amazon*¹⁰⁷, qui consacrent l'application de la compensation équitable en vigueur dans le pays de destination, peuvent constituer un précédent utile pour résoudre cette difficulté. Dans un souci de simplicité, d'efficacité et d'équité, la gestion de cette compensation devrait être confiée exclusivement aux sociétés de gestion collective, compétentes dans les pays de destination.*

15/ En conclusion, il apparaît indispensable de consacrer, dans le cadre de la révision de la directive 2001/29/CE, une compensation équitable au bénéfice des titulaires de droit d'auteur et droits voisins pour l'utilisation d'œuvres et d'objets protégés que font certains prestataires de services de la société de l'information, notamment les exploitants de moteurs de recherche, les réseaux sociaux et autres plateformes UGC. Ces derniers se retranchent en effet derrière l'immunité de la directive 2000/31/CE, telle qu'elle est appliquée par la jurisprudence dans la majorité des Etats membres, pour refuser de négocier avec les titulaires de droits, alors pourtant qu'ils effectuent des actes soumis au droit exclusif et/ou contribuent aux contrefaçons commises par les utilisateurs de leurs services. Le législateur européen doit par conséquent intervenir pour rétablir l'équilibre des intérêts en jeu, qui n'est actuellement plus sauvegardé ».

Cette proposition appelle les observations suivantes :

1/ la solution envisagée par la SACEM repose sur de nombreuses études réalisées par elle ou pour elle. Ou encore pour certains de ses partenaires. Parmi ces travaux, il y a lieu de citer l'étude faite par Mme Agnès Lucas-Schloetter pour le compte du GESAC¹⁰⁸. Ce dernier a du reste retenu la voie suggérée par la SACEM au rang des solutions qu'il est possible de mettre en avant pour apporter un remède à l'impact négatif causé par l'application de certaines des solutions de la directive 2000/31/CE. En France, l'initiative de la SACEM a réuni l'assentiment de toutes les sociétés de gestion collective d'auteurs et d'artistes-interprètes. Quelques producteurs indépendants sont susceptibles de l'appuyer ;

2/ s'il fallait synthétiser à l'extrême la proposition de la SACEM, il serait possible de dire qu'en certaines hypothèses, les solutions énoncées aux articles 12 à 15 de la directive

¹⁰⁶ CJUE, 16 juin 2011, Commission c/ Portugal, aff. C-462/09.

¹⁰⁷ CJUE, 11 juillet 2013, Amazon, aff. C-521/11.

¹⁰⁸ Voir Lucas-Schloetter, Agnès, Etude à la demande du GESAC relative à la consécration d'une compensation équitable à la charge de certains prestataires de services de la société de l'information, avril 2014.

2000/31/CE jouent comme une « limitation » au droit d'auteur et aux droits voisins alors même que l'acte accompli par certains prestataires techniques met bien en œuvre le monopole d'exploitation ;

3/ ce constat entraîne une double conséquence :

1 - l'existence d'une compensation en raison du préjudice subi ;

2 - la détermination du débiteur de la compensation ;

4/ dans cette dernière démarche, il y a bien évidemment lieu de fonder la recherche à partir des activités décrites par la directive 2000/31/CE pour ensuite déterminer quels prestataires techniques les accomplissent en certaines occasions ;

5/ on ne reviendra pas ici sur l'opposition radicale qui existe entre les analyses juridiques des textes européens faites par les ayants droit et celles réalisées par les prestataires techniques. On observera cependant que l'écart qui existe désormais entre les hypothèses originellement visées par les textes européens et l'application qui en est faite par les tribunaux est relevé non seulement par les ayants droit, mais également par les plus hautes institutions françaises. En témoigne le rapport parlementaire des sénateurs Béteille et Yung du 9 février 2011¹⁰⁹ ou encore le rapport du Conseil d'État de 2014¹¹⁰ (voir *infra*, 3.3.) ;

6/ en raison de la diversité des tâches accomplies par une même entreprise ou à cause du caractère mouvant de certaines activités, il y a lieu de procéder à un travail très fin de qualification. Un même prestataire pouvant recevoir une diversité de qualifications suivant les hypothèses concernées. Il n'y a là rien que de très logique au regard du mode de raisonnement imposé par la Commission européenne à ce propos ;

7/ à cet égard, il peut arriver qu'un même prestataire technique ne puisse revendiquer la même qualification alors même que l'outil en cause peut paraître identique ;

8/ on se permettra d'ajouter seulement, ici, pour se convaincre du caractère infondé des solutions parfois retenues par des tribunaux, que l'on a peine à voir en quoi la collecte d'images réalisée par un moteur de recherche relèverait de l'un des statuts envisagés par la directive 2000/31/CE. Le prestataire technique n'assure bien évidemment pas, en ce cas, une activité de simple transport (*mere conduit*), au sens de l'article 12. Ni même une activité de « *caching* ». Non seulement le stockage n'est pas temporaire ni opéré dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information, mais encore le prestataire modifie-t-il également les contenus stockés (redimensionnement, calcul d'empreinte, traitement du signal, etc.). La solution française est en ce sens¹¹¹. Mais le prestataire technique ne devrait pas non plus espérer bénéficier du statut d'hébergeur puisque les vignettes stockées par lui dans le cadre de son service Images ne le sont pas « *à la demande du destinataire* » du service. Les contenus stockés sont en effet récupérés par le prestataire, à son initiative et sous sa responsabilité, sans avoir généralement été sollicité par l'éditeur du site. Et le bénéfice du régime de l'hébergement doit encore plus être écarté lorsque les conditions d'utilisation du site énoncent clairement que les images ne peuvent être reprises sans autorisation. Enfin, le prestataire ne peut invoquer aucun autre régime d'irresponsabilité au prétexte que son activité se déploie sur internet. Le considérant 42 de la directive 2000/31/CE ne vise les activités revêtant « *un caractère purement technique, automatique et passif* » que dans le cadre des « *dérogations en matière de responsabilité prévues par la [...] directive* »¹¹².

¹⁰⁹ Rapport d'information sur la lutte contre la contrefaçon (<http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>), notamment la recommandation n° 12.

¹¹⁰ Étude annuelle 2014 - *Le numérique et les droits fondamentaux*.

¹¹¹ Voir l'arrêt *Aufeminin.com* de la Cour de cassation précité.

¹¹² Voir, en ce sens, CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 et C-238/08, *Google contre Louis Vuitton Malletier*.

3.2. Les représentants des producteurs demandent – du fait de l’existence du test des trois étapes – la mise à l’écart de certains des effets de la directive 2000/31/CE dans le champ de la propriété littéraire et artistique

Nombre de producteurs reconnaissent le bien-fondé des constats réalisés par la SACEM mais n'approuvent pas pour autant les conclusions qui en sont tirées par les auteurs et les artistes-interprètes.

Il est adressé à la construction précédemment exposée deux reproches.

Celui, tout d'abord, de l'abandon du primat du droit exclusif au prétexte de l'opposition irréductible et incompréhensible de la Commission européenne à une éventuelle réouverture de la directive e-commerce. Les producteurs font valoir qu'il n'y a aucune raison d'envisager le réexamen de la directive 2001/29/CE si la directive 2000/31/CE – plus ancienne mais surtout davantage dépassée par les évolutions techniques, économiques et sociales – devait demeurer intangible. En bref, l'argumentation est que si une réouverture de directives existantes devait être faite, il faudrait alors procéder à une mise à plat plus large permettant d'opérer un réexamen plus cohérent. Et cela, d'autant plus que les rédactions des 2000/31/CE et 2001/29/CE ont été faites l'une en contemplation de l'autre au point qu'une entrée en vigueur simultanée devait être réalisée¹¹³.

Mais, à supposer, que la directive 2000/31/CE demeure hors d'atteinte de toute initiative de réexamen, les producteurs adressent un deuxième reproche à la construction des auteurs et des artistes-interprètes : celui d'une trop grande timidité.

En effet, se plaçant dans le droit-fil du raisonnement initié par la SACEM, les producteurs font valoir que face à l'inefficience des règles de propriété littéraire et artistique provoquée par le jeu de la directive 2000/31/CE, des conclusions plus radicales doivent être tirées. En effet, la limitation pratique qui a été constatée devrait être regardée comme portant atteinte à l'exploitation normale des œuvres et objets protégés et causant un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits. N'est-ce pas là l'effet indésiré que le test en trois étapes entend justement proscrire ?

L'article 5, paragraphe 5 de la directive 2001/29/CE, reprenant les solutions internationales (Convention de Berne [article 9-2], Accord ADPIC [article 13] de l'Organisation Mondiale du Commerce, Traités de l'OMPI du 20 décembre 1996 [Article 10 du Traité sur le droit d'auteur ; article 16 du Traité sur les interprétations et les phonogrammes]), énonce très clairement :

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

Certes, ferait ici défaut l'exigence d'un « cas spécial » au sens d'une exception au droit d'auteur, mais il y aurait lieu de considérer que la directive 2000/31/CE produit des effets semblables à une limite aux droits de propriété littéraire et artistique. Et cela serait d'autant moins admissible que, d'une part, la mise à disposition en ligne des œuvres est aujourd'hui beaucoup plus importante qu'en 2000 et que, d'autre part, le champ des articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE a été sensiblement élargi par la jurisprudence au point d'appréhender

¹¹³ Voir à ce sujet le considérant 50 de la directive 2000/31/CE, aux termes duquel : « Il est important que la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et la présente directive entrent en vigueur au même moment afin d'établir un cadre réglementaire clair en ce qui concerne la responsabilité des intermédiaires en cas de violation du droit d'auteur et des droits voisins au niveau communautaire. »

des hypothèses assez éloignées de celles pour lesquelles les aménagements au principe général de responsabilité avaient été adoptés.

Il faudrait en conclure que ces effets ne devraient pas pouvoir être admis lors de la mise à disposition des œuvres de l'esprit dès lors que se produiraient les conséquences incriminées.

Les producteurs entendent donc – dans l'hypothèse où le réexamen des textes existants ne concernerait que la seule directive 2001/29/CE – qu'une disposition nouvelle dans ce corpus vienne préciser le défaut d'application des textes de la directive 2000/31/CE dans le champ du droit d'auteur et des droits voisins chaque fois que l'effet prohibé serait susceptible de se produire. À tout le moins, ils exigent que des discussions puissent s'ouvrir pour envisager – en concertation – les cas ou hypothèses dans lesquels il y aurait lieu de cantonner le jeu de la directive 2000/31/CE.

Ces infléchissements des effets de la directive 2000/31/CE s'imposent d'autant plus si l'on envisage les engagements internationaux de l'Union européenne ou les données industrielles ou économiques, 14 ans après l'adoption de la directive 2000/31/CE.

S'agissant des normes juridiques s'imposant à l'Union européenne, il convient de rappeler à cet égard que le droit d'auteur et les droits voisins ont un enracinement et un encadrement international particulièrement forts, ce qui n'est pas le cas de la directive 2000/31/CE. La directive 2001/29/CE repose sur le fondement solide que sont les traités OMPI sur le droit d'auteur et les droits voisins de 1996 mais également les accords ADPIC de l'Organisation mondiale du commerce et la convention de Berne, dont l'OMC a fait un texte qu'aucun État membre ne peut ignorer sous peine de sanctions.

Le droit de la propriété intellectuelle fait, en outre, partie intégrante du droit de propriété qui est protégé par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui stipule : « *Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique (...) La propriété intellectuelle est protégée* ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est en ce sens¹¹⁴.

Enfin, il y a lieu de prendre conscience de ce que les données industrielles ou économiques du secteur des réseaux numériques de 2014 n'ont plus rien à voir avec celles qui existaient, à la fin du XX^e siècle, au moment de la rédaction des deux directives. La Commission européenne ne peut ignorer que les acteurs de l'Internet ne sont plus des start-up, mais, au contraire, des entreprises mondiales, en tête des capitalisations boursières et qui dominent tout le marché du numérique. En outre, il y a lieu de constater que l'infrastructure des réseaux numériques dont le régime d'irresponsabilité conditionnée devait favoriser l'émergence est désormais solidement en place.

Le temps est venu, pour toutes ces raisons, de sortir, s'agissant des activités culturelles, du régime exceptionnel qui cause un préjudice aux ayants droit. **A défaut de revoir la directive 2000/31/CE, il serait donc possible d'en limiter les effets dans le champ de la propriété littéraire et artistique.** Confrontée à des géants mondiaux, américains et asiatiques, dans les domaines des communications sur l'Internet et des matériels de transmission, l'Europe a du reste tout intérêt à donner toute son efficacité à la protection de sa richesse créative (dont le modèle économique repose sur l'immatériel) et d'inciter ces acteurs économiques, qui tirent profit des œuvres, à collaborer et contracter avec les ayants droit.

¹¹⁴ Voir en ce sens, reconnaissant le droit d'auteur comme un droit fondamental, CEDH, 29 janvier 2008, Balan c/ Moldavie n° 19247/03 et, admettant la légitimité de sanctions en cas de contrefaçon, CEDH, 10 janvier 2013, Ashby Donald c/ France, n° 36769 et 19 février 2013, Neij c/ Suède, n° 40397/12.

3.3. Certaines institutions françaises plaident pour la création d'un nouveau statut spécifique pour certains prestataires techniques de l'Internet

La demande avait déjà été formulée par le passé et reposait sur le constat de l'inadéquation des statuts envisagés par la directive 2000/31/CE au regard de l'évolution des activités et des pratiques. Il est vrai que les solutions retenues par ce texte européen ne datent pas seulement de l'année 2000 mais sont le fruit de discussions ouvertes bien auparavant et en contemplation de pratiques qui n'ont guère à voir avec celles qui se sont développées depuis lors. Or, la jurisprudence n'a de cesse d'ouvrir les catégories anciennes à des hypothèses nouvelles qui n'ont guère en commun certaines des raisons qui ont conduit à adopter des cas d'irresponsabilité conditionnée.

Et lorsque la preuve de l'inadéquation des catégories préexistantes n'apparaît pas de façon éclatante au moment de la qualification, elle se manifeste alors brutalement au moment de l'application d'un régime inadapté.

Il ne faut donc pas s'étonner de voir certaines des plus hautes institutions françaises (et non pas seulement des acteurs des secteurs concernés) préconiser une évolution des solutions retenues par la directive 2000/31/CE. Deux rapports méritent ainsi l'attention : le premier émane du Conseil d'État (3.3.1), le deuxième du Sénat (3.3.2).

3.3.1. *Préconisations du Conseil d'Etat*

Dans son étude annuelle 2014, intitulée *Le numérique et les droits fondamentaux*¹¹⁵, le Conseil d'État fait 50 propositions « *pour mettre le numérique au service des droits individuels et de l'intérêt général* ». Certes, la réflexion conduite ne concerne pas le droit d'auteur, mais certains développements sont largement inspirés des problématiques de propriété littéraire et artistique (ou illustrés de raisonnements issus de cette matière) et pourraient, de ce fait, être étendus à cette dernière.

Ainsi, la proposition n°3 recommande de créer une nouvelle catégorie juridique de « *prestataires intermédiaires* », distincte de celle des hébergeurs, intitulée « **plateforme** » : « *Une telle définition couvrirait l'ensemble des acteurs usuellement considérés aujourd'hui comme des plateformes : moteurs de recherche, réseaux sociaux, sites de partage de contenus (vidéos, musique, photos, documents, etc.), places de marché, magasins d'applications, agrégateurs de contenus ou comparateurs de prix* ».

La catégorie serait « ouverte » et susceptible d'appréhender, à l'avenir, de nouveaux types de services encore peu développés ou inexistant à l'heure actuelle. L'objectif est clair : « *Cette définition cherche à capturer ce qui caractérise la plateforme, c'est-à-dire son rôle d'intermédiaire actif dans l'accès à des contenus, des biens ou des services qui ne sont pas produits par elle* ». Cette catégorie serait « *distincte de celle des simples hébergeurs passifs* » et de celle d'éditeur. Elle concernerait « *les services de référencement ou de classement de contenus, biens ou services édités ou fournis par des tiers et partagés sur le site de la plateforme* ».

Le but est de soumettre cette dernière à une obligation de loyauté (proposition 6) et de mettre en œuvre de manière efficace le droit au déréférencement (proposition 5).

¹¹⁵ Voir <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>.

Les constats¹¹⁶ à l'origine de la démarche sont les suivants. Selon le Conseil d'Etat, « *la catégorie actuelle des hébergeurs, définis par leur rôle "technique et passif" et leur absence de connaissance et d'intervention sur les informations stockées, ne correspond plus à la réalité des plateformes, qui jouent un rôle actif de présentation, de référencement et de classement* », de sorte que « *tous les grands services d'intermédiation utilisés sur internet pourraient perdre la qualification d'hébergeur et le régime de responsabilité civile et pénale limitée qui en découle* ».

Les pistes relatives au contenu des obligations qui seraient alors mises à la charge de ces prestataires demeurent encore assez floues. Mais il convient de noter, ici, que cette invitation à l'élaboration d'un nouveau statut créant un nouveau régime juridique applicable à certains acteurs est proposée en écho des préconisations réalisées trois ans plus tôt par le Sénat.

3.3.2. *Préconisations des sénateurs Laurent Bêteille et Richard Yung*

Dans leur rapport d'information précité sur la lutte contre la contrefaçon, les sénateurs Bêteille et Yung, constatant l'évolution des activités sur les réseaux numériques estimaient qu'il y avait lieu de « *s'interroger sur le point de savoir si la distinction hébergeur/éditeur est aussi pertinente en 2010 qu'elle l'était au moment de sa création il y a une décennie* ».

Pour les parlementaires, la catégorie d'« hébergeur », retenue par la directive 2000/31/CE et par la loi française de transposition¹¹⁷, « *s'est diversifiée et obscurcie, laissant les juridictions perplexes et divisées face à l'interprétation des textes* ». Cette évolution tenait pour beaucoup à l'abandon à des prestataires techniques d'un rôle de stockage purement passif de données pour la mise en œuvre d'une démarche plus active conduisant à la publication d'informations ou à la vente d'espaces publicitaires et à la recherche de recettes dépendant du succès des contenus hébergés. Bref, il apparaissait que les sites collaboratifs ou communautaires du Web 2.0 se retrouveraient du fait de la multiplication de ces initiatives « *à mi-chemin entre les hébergeurs et les éditeurs* ». Et les sénateurs de constater : « *stricto sensu, ils ne sont assimilables ni aux premiers, puisqu'ils vont au-delà du simple hébergement technique, ni aux seconds puisqu'ils ne déterminent pas les contenus qu'ils hébergent. On pourrait les qualifier d'"éditeurs de services"* ».

Pourtant, en raison d'une approche jurisprudentielle reposant sur « *une conception extensive du caractère "passif" joué par un acteur de l'Internet* », la jurisprudence tant nationale qu'européenne tend à admettre la possibilité d'application de la qualification d'hébergeur quand bien même l'adéquation avec le modèle originel paraissait de plus en plus lointaine.

Dès lors, constatant ce double éloignement de la rectitude de la qualification et de la conformité du régime juridique qui s'ensuit, les sénateurs estimaient que le temps était venu de faire évoluer les textes afin de permettre une meilleure appréhension de la réalité et une régulation plus adéquate.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 272 s.

¹¹⁷ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Les sénateurs Béteille et Yung pouvaient ainsi écrire (p. 46 et s.) :

« De nombreuses personnes entendues par vos rapporteurs ont estimé que la CJUE avait validé un certain ‘modèle économique de l’Internet’, privilégiant la protection des grands acteurs, tels que les moteurs de recherche, au détriment de certains droits fondamentaux, au premier rang duquel figure le droit de propriété intellectuelle. En conséquence, vos rapporteurs considèrent qu’il est nécessaire de faire évoluer la directive 2000/31/CE¹¹⁸ précitée pour :

- faire apparaître, aux côtés de l’hébergeur et de l’éditeur, une troisième catégorie d’acteurs qu’on pourrait qualifier d’ « éditeurs de services » ;*
- lui appliquer un régime de responsabilité intermédiaire, plus clément que celui de l’éditeur mais plus sévère que celui de l’hébergeur.*

Sur le premier point, vos rapporteurs considèrent que cette nouvelle catégorie d’acteurs devrait être définie, non sur la base de critères techniques qui peuvent vite se périmiser, rendant rapidement la directive obsolète, mais sur un principe simple et pérenne : un ‘éditeur de services’ est une société qui retire un avantage économique direct de la consultation des contenus hébergés. C’est le cas des sociétés qui diffusent des publicités à l’occasion de chaque consultation du contenu, fût-il illicite, ou celles dont la rémunération est proportionnelle au nombre de ‘clics’ effectués sur le lien hypertexte des annonceurs, quand bien même ces derniers agiraient-ils en violation du code de la propriété intellectuelle. (...)

Sur le second point, vos rapporteurs considèrent que les éditeurs de services ainsi définis devraient être soumis à un régime de responsabilité à la fois plus clément que celui de l’éditeur mais également plus sévère que celui de l’hébergeur.

En effet, devrait leur être imposée une double obligation :

- une obligation de mettre en place un système simple d’alerte ou de signalement permettant aux titulaires de droits, mais également à tout internaute, de leur notifier tout contenu hébergé qui leur apparaîtrait comme illicite, en particulier dans le domaine de la contrefaçon (...);*
- une obligation de mettre en place tous moyens propres à assurer une surveillance des contenus qu’ils hébergent, d’autant que les outils de recherche syntaxique et sémantique ou de reconnaissance d’images ou de sons sont aujourd’hui très efficaces. (...)*

Pour ce qui concerne la contrefaçon, ces systèmes reposent naturellement sur la participation des titulaires de droit afin que l’ensemble des œuvres protégées fassent l’objet d’une identification par ces systèmes de reconnaissance, ce qui permet d’empêcher une mise en ligne sans autorisation.

Ce système de surveillance devrait être conforme à l’‘état de l’art’, c’est-à-dire utiliser les technologies les plus avancées. Ce système reposerait donc sur une obligation de moyens, et non de résultat ».

Les sénateurs proposent alors (recommandation n° 12) de « faire évoluer la directive 2000/31/CE pour :

- créer, aux côtés de l’hébergeur et de l’éditeur, la catégorie d’‘éditeur de services’ caractérisée par le fait de retirer un avantage économique direct de la consultation des contenus hébergés ;*

¹¹⁸ Souligné par nous.

- imposer aux 'éditeurs de services' une obligation de surveillance des contenus hébergés ».

C'est dire qu'il pourrait alors exister trois statuts différents susceptibles d'être ainsi présentés :

Éditeur (sans changement)	Éditeur de services (nouvelle catégorie)	Hébergeur (sans changement)
Régime de responsabilité de droit commun : l'éditeur : - a une obligation d'identification des personnes qui ont créé un contenu qu'il héberge ; - a une obligation de surveillance du contenu des pages éditées : il s'agit d'une obligation de résultat, et non de moyens.	Régime de responsabilité intermédiaire : l'éditeur de services : - a une obligation d'identification des personnes qui ont créé un contenu qu'il héberge ; - a une obligation de mettre en place les moyens, conformes à l'état de l'art, de surveillance des informations qu'il transmet ou stocke, et de recherche des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ; il s'agirait donc d'une obligation de moyens, non de résultat ; - peut être tenu civilement ou pénalement responsable s'il a connaissance d'activités ou d'information manifestement illicites et qu'il n'agit pas promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.	Régime de responsabilité aménagée : l'hébergeur : - a une obligation d'identification des personnes qui ont créé un contenu qu'il héberge ; - n'a pas d'obligation générale de surveillance des informations qu'il transmet ou stocke, ni d'obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ; - ne peut être tenu civilement ou pénalement responsable que s'il a connaissance d'activités ou d'information manifestement illicites et qu'il n'agit pas promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible.

Quelles leçons tirer, trois ans plus tard, de ces propositions ?

Il faut d'abord faire observer que si cette recommandation – qui a bien évidemment attiré l'attention – n'a pas été suivie d'effet, c'est uniquement en raison de l'impossibilité – institutionnellement – de la faire adopter par le Parlement français.

En effet, il est apparu, ainsi que le dit très clairement le rapport sénatorial, que cette proposition de transformation impliquait de « faire évoluer la directive 2000/31/CE ». C'est du reste également l'opinion du Conseil d'État qui, à propos des préconisations qui ont été présentées (supra, 3.3.1.), indique très clairement qu'elles requièrent une modification du droit européen, sauf à emprunter la voie du droit souple (chartes d'engagements des plateformes). Mais la recherche d'une nécessaire harmonisation en la matière conduirait inéluctablement à envisager une charte européenne de type MoU.

Il faut ensuite noter que **ces propositions ne sont pas exclusives d'autres recommandations.**

Ainsi, par exemple, lorsque ce rapport a été adopté, la Cour de cassation n'avait pas encore rendu l'arrêt par lequel elle rejetait, en une hypothèse, la possibilité de la **pratique « take down, stay down »** qui consiste à considérer que, après une première notification¹¹⁹ avertissant un hébergeur de la présence d'une œuvre illicite, le prestataire technique concerné devrait prendre des mesures afin d'éviter qu'un fichier reproduisant la même œuvre ne puisse être à nouveau posté par un internaute sur le site. Il s'agit donc d'éviter des faits de réitération après un premier retrait. Peu important que le nouveau post soit l'opération du même internaute que le premier ou soit dû à l'initiative d'un tiers.

¹¹⁹ Ou de tout autre procédé visant à porter à la connaissance d'un hébergeur l'existence d'un contenu illicite puisque la directive n'impose pas le recours à une notification.

L'opération est rendue assez aisée grâce aux techniques d'empreinte numérique qui se sont développées. On peut citer, par exemple, les systèmes « Signature » proposé par l'INA, « Content ID », mis en place par YouTube pour les images animées ou « Audible Magic » pour les œuvres musicales. D'autres procédés ont été développés. Il s'agit de retenir tout système qui permettrait de confectionner une empreinte susceptible d'être aisément reconnue et renvoyant de façon indiscutable à l'identification d'une œuvre déterminée. Ce qui permettrait par son implémentation dans une base de données et dans le système du prestataire technique d'empêcher que soit à nouveau placée sur un site une œuvre dont le caractère illicite aura été préalablement démontré.

Or, le recours à ce procédé avait attiré l'attention d'autres parlementaires, puisque le député Jean Dionis du Séjour, dans son rapport¹²⁰ relatif à la mise en œuvre de la loi pour la confiance en l'économie numérique avait admis que la pratique susceptible d'être imposée aux prestataires techniques n'était pas contraire à la prohibition de toute obligation générale de surveillance posée par la directive 2000/31/CE. Ce parlementaire écrivait¹²¹ : « *dans ce cas, le tribunal n'instaure pas d'obligation générale de surveillance. C'est une obligation particulière de surveillance qui est imposée et ce uniquement sur les contenus dont la diffusion a été notifiée comme illicite au fournisseur d'hébergement. L'activité de surveillance est donc ciblée* ».

Le rapport du secrétaire d'État à l'Économie numérique, M. Besson, présenté à l'automne 2008 au président de la République, était également en ce sens (actions n° 31 s.).

Certes, la possibilité d'obtenir le retrait ou l'impossibilité d'un nouveau post paraît moins certaine aujourd'hui du fait du mouvement jurisprudentiel ayant trait aux mesures qu'il est possible d'obtenir de certains prestataires techniques.

Il est vrai que la Cour de cassation a sanctionné la décision d'une cour d'appel imposant la procédure du « *take down, stay down* »¹²². Mais c'était sans doute parce que la mesure attendue du prestataire technique était trop générale et contraire à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne. Il résulte de cette dernière¹²³ que les mesures requises d'un prestataire technique doivent respecter un équilibre entre la liberté d'entreprendre des services de communication au public en ligne, la liberté d'expression et la protection des données personnelles des internautes, d'une part, et la protection des droits d'auteur, d'autre part. Elles doivent en outre respecter l'exigence de proportionnalité. À ce titre, elles doivent être ciblées, limitées dans le temps et non excessivement onéreuses.

Mais, n'est-ce pas le cas des moyens techniques existants en la matière ? Dans la mesure où ils offrent, à un coût raisonnable et pendant un temps, la possibilité d'éviter un nouveau post, ils constituent bien une mesure ciblée qu'autorisent l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2001/29/CE¹²⁴ et l'article 15, paragraphe 1¹²⁵ de la directive 2000/31/CE.

Deux séries d'observations doivent cependant ici être formulées à propos des initiatives qui pourraient être attendues de la Commission européenne.

¹²⁰ Rapport n° 627 de M. Jean Dionis du Séjour et de Mme Corinne Erhel sur la mise en application de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹²¹ Voir le rapport précité, p. 31-32.

¹²² Voir l'arrêt Société Google France / Société Bac Films précité.

¹²³ Voir, outre les arrêts Scarlet Extended c/ Sabam et Sabam c/ Netlog précités, l'arrêt CJUE, 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien GmbH, aff. C-314/12.

¹²⁴ Dont le point 3 prévoit : « *Les Etats membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin.* ». Cette disposition met en application le principe posé à l'article 14, paragraphe 3 de la directive 2000/31/CE.

¹²⁵ Qui ne prohibe que les obligations générales de surveillance.

Il convient tout d'abord de remarquer que certains Etats semblent avoir pris des initiatives pour **conférer à des autorités administratives la possibilité d'ordonner des mesures**. En France, le rapport de Mme Imbert-Quaretta¹²⁶ propose de confier à une autorité administrative la possibilité d'apprécier les mesures qui seraient susceptibles d'être attendues d'un prestataire technique. L'autorité administrative spécialement instituée se verrait confier la « *possibilité d'enjoindre à un site de communication au public en ligne de faire cesser et de prévenir, pendant une durée déterminée, la réapparition de contenus qui lui ont été signalés comme constituant une atteinte aux droits d'auteur ou aux droits voisins sur le site* ».

Sans doute serait-il heureux de voir l'Union Européenne se prononcer sur l'opportunité d'encourager, voire d'imposer, pareilles initiatives susceptibles de trouver un juste équilibre tout en permettant un meilleur dialogue entre les personnes concernées. Et sans doute serait-il souhaitable de donner à l'institution ainsi désignée la **possibilité de s'adresser à tout prestataire technique, que ce dernier entre ou non dans la liste des activités décrites aux articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE**.

A tout le moins – et c'est la deuxième série d'observations –, il serait heureux qu'une intervention de l'Union européenne vienne briser des jurisprudences nationales surprenantes.

Il faut en effet noter que l'articulation des dispositifs de la directive 2001/29/CE, de la directive 2000/31/CE et de la directive 2004/48/CE est source de divergences dans la jurisprudence des différents Etats membres. Ainsi, dans certains Etats, il n'est pas possible d'obtenir des injonctions à l'encontre des intermédiaires si leur responsabilité n'est pas établie. Or, il est pourtant manifeste que les différents textes ont prévu cette possibilité d'impliquer les prestataires techniques indépendamment de l'établissement de leur responsabilité.

Il a toujours été clair dans l'esprit des autorités européennes que les limitations de responsabilité des intermédiaires prévues dans la directive 2000/31/CE n'empêchent pas la possibilité d'obtenir des injonctions à leur encontre. Ainsi, le dispositif prévu à l'article 9, paragraphe 1, point a de la directive 2004/48/CE, qui renvoie à l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE, a été adopté en pleine cohérence avec le régime de limitation de responsabilité prévu par la directive 2000/31/CE. Les injonctions contre les intermédiaires ne doivent pas être regardées comme des sanctions à leur encontre, mais sont justifiées par le fait que ces derniers sont souvent les mieux placés pour prévenir ou faire cesser les atteintes aux droits de propriété intellectuelle sur Internet.

Cette analyse est confortée par la lecture des considérants 23 de la directive 2004/48/CE¹²⁷ et 59 de la directive 2001/29/CE¹²⁸.

¹²⁶ Imbert-Quaretta, Mireille, Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne, rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication, mai 2014.

¹²⁷ « Sans préjudice de toute autre mesure, procédure ou réparation existante, les titulaires des droits devraient avoir la possibilité de demander une injonction à l'encontre d'un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit de propriété industrielle du titulaire. Les conditions et procédures relatives à une telle injonction devraient relever du droit national des Etats membres. En ce qui concerne les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, un niveau élevé d'harmonisation est déjà prévu par la directive 2001/29/CE. Il convient, par conséquent, que la présente directive n'affecte pas l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE ».

¹²⁸ « Les services d'intermédiaires peuvent, en particulier dans un environnement numérique, être de plus en plus utilisés par des tiers pour porter atteinte à des droits. Dans de nombreux cas, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin à ces atteintes. Par conséquent, sans préjudice de toute autre sanction ou voie de recours dont ils peuvent se prévaloir, les titulaires de droits doivent avoir la possibilité de demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre d'un intermédiaire qui transmet dans un réseau une contrefaçon commise par un tiers d'une œuvre protégée ou d'un autre objet protégé. Cette possibilité doit être prévue même lorsque les actions de l'intermédiaire font l'objet d'une exception au titre de l'article 5. Les conditions et modalités concernant une telle ordonnance sur requête devraient relever du droit interne des Etats membres. »

Il apparaît donc **nécessaire**, dans l'hypothèse d'une éventuelle réouverture de l'un de ces textes, **que soit fermement réaffirmé le principe suivant lequel des injonctions peuvent être prises à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par le contrefacteur dans le cadre de son activité contrefaisante et ce, indépendamment du fait que la responsabilité de l'intermédiaire ait été ou soit mise en cause.**

Il n'est pas nécessaire d'avancer davantage dans les propositions dans le cadre de ce rapport. Il importe seulement et surtout de souligner qu'une réflexion devrait être mise en chantier tant aux niveaux nationaux qu'europpéen pour imaginer de nouveaux statuts ou pour envisager les aménagements qui pourraient être apportés à ceux déjà posés par la directive 2000/31/CE.

Il n'est pas inintéressant à cet égard de citer les travaux qui se sont tenus en France à propos de possibles évolutions du cadre juridique du commerce électronique et d'évoquer une autre des pistes ouvertes par le rapport de Mme Imbert-Quaretta.

3.4. Il est nécessaire de mettre en place des solutions destinées à impliquer des acteurs de la publicité et du paiement en ligne afin de tarir les sources de revenus de certains prestataires vivant de la contrefaçon

Les propositions ici exposées sont issues du rapport de Madame Mireille Imbert- Quaretta¹²⁹. Elles sont susceptibles de venir en complément des pistes suggérées dans les développements qui ont précédé. La démarche, par rapport à la précédente (3.3.), ne vise pas à créer un nouveau statut mais à suggérer un complément d'actions afin de mieux lutter contre la contrefaçon. Très schématiquement, la plus importante d'entre elles vise à sensibiliser et à impliquer d'autres intervenants en lien avec les réseaux afin de priver de ressources les sites ou opérateurs contrefaisants.

Par lettre de mission du 16 juillet 2013, adressée à Mme Imbert-Quaretta, la ministre de la culture et de la communication a souhaité que soient élaborés des « *outils opérationnels permettant d'impliquer efficacement les intermédiaires techniques et financiers dans la prévention et la lutte contre la contrefaçon commerciale en ligne* ».

Il convient d'observer immédiatement que les conclusions du rapport ne s'inscrivent pas dans une démarche purement défensive destinée essentiellement à punir des actes illicites, mais bien au contraire dans une approche plus positive qui comprendrait plusieurs volets. Aux trois composantes déjà mises en œuvre – le développement d'une offre légale attractive, la répression pénale des acteurs responsables d'actes de contrefaçon graves et avérés et la pédagogie à l'égard des internautes sur le nécessaire respect du droit d'auteur –, le rapport suggère d'ajouter une quatrième dimension : **l'implication des intermédiaires qui, sans être responsables d'actes de contrefaçon, procurent des revenus aux sites engagés massivement dans des actes de contrefaçon ou en permettent la monétisation.**

Dans une démarche proactive, le rapport suggère des actions susceptibles d'impliquer les intermédiaires de l'écosystème du commerce électronique qui permettent d'alimenter son économie, c'est-à-dire les acteurs de la publicité et du paiement en ligne. Mais le rapport, qui se veut pragmatique, envisage un volet plus large d'actions et présente quatre outils, s'inscrivant dans le cadre juridique actuel, notamment la directive 2000/31/CE :

- des chartes sectorielles établies avec les acteurs de la publicité et du paiement en ligne ;
- une information publique sur les sites Internet qui portent massivement atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins ;

¹²⁹ Imbert-Quaretta, Mireille, Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne, rapport à Madame la ministre de la culture et de la communication, mai 2014

- une injonction de retrait prolongé ciblée sur certains contenus contrefaisants (voir, *supra*, 3.3.) ;
- un dispositif de suivi dans le temps des décisions judiciaires concernant les sites Internet abritant massivement de la contrefaçon.

Comme l'indique le rapport, chacun des quatre outils est conçu en cohérence avec les trois autres, mais peut aussi être développé de façon indépendante.

Ces voies offrent des ressources supplémentaires dont les titulaires de droits pourront se saisir pour lutter contre les atteintes à leurs droits réalisées à grande échelle sur internet, sans constituer un préalable aux saisines du juge. Elles ne se substituent donc pas aux actions judiciaires des ayants droit qui doivent agir eux-mêmes pour la protection de leurs droits d'auteur et droits voisins. Il s'agit donc de pistes complémentaires prenant en considération les progrès des technologies et le développement de nouveaux services sur Internet, intervenus depuis l'élaboration de la directive 2000/31/CE. Mais ces outils se doivent naturellement d'être respectueux des recherches d'équilibres qui se sont fait jour depuis lors, notamment par la prise en considération des réseaux numériques et le souci de préserver la liberté d'innovation ainsi que la libre circulation des idées et de l'information. Cette recherche d'équilibre n'empêche pas la mise en place d'actions ciblées et efficaces visant à résorber la contrefaçon.

L'action préconisée à propos des acteurs de la publicité et du paiement en ligne s'inscrit dans une logique qui n'avait pas été envisagée lors de l'élaboration de la directive 2000/31/CE et que l'on désigne désormais sous le vocable « *follow the money* ». Exprimée autrement, l'action projetée vise à « *frapper au portefeuille* » les sites « *massivement contrefaisants* », souvent domiciliés à l'étranger et très mobiles, qui tirent principalement leurs revenus de la publicité ou d'abonnements.

L'idée avait déjà été esquissée dans le cadre de la mission que le ministre de l'économie numérique avait confiée, en 2011, à MM. Brochand et Sirinelli, dans le but d'élaborer des codes de bonne conduite et des chartes acceptées par les différents acteurs. Elle n'avait pu aboutir en raison d'agendas politiques resserrés et surtout du caractère international des solutions à trouver.

Elle avait été reprise dans le rapport de la Hadopi du 15 février 2013¹³⁰, qui avait souligné le rôle déterminant des acteurs de la publicité et ceux du paiement en ligne dans l'activité et l'essor des sites massivement contrefaisants : soit en raison de la multiplication de bandeaux publicitaires générant des revenus, soit par les moyens qu'ils offrent pour le versement d'une rémunération, qu'il s'agisse d'abonnements ou de paiements à l'unité.

Cette réflexion avait été prolongée dans le cadre du rapport remis par la mission Lescure¹³¹ qui, faisant écho à des analyses réalisées dans le cadre de l'unité « Lutte contre la contrefaçon et le piratage » de la Commission européenne, préconisait d'explorer cette voie.

Cette piste pourrait être utilement envisagée de nouveau aujourd'hui alors même que les acteurs de la publicité et du paiement en ligne sont désormais impliqués dans la lutte contre la pédopornographie sur Internet, le blanchiment d'argent et les jeux de hasard illégaux.

La problématique serait la suivante : les représentants des secteurs de la publicité et des services de paiement sont bien conscients des conséquences négatives pour leur image de l'utilisation de leurs moyens pour des actes de contrefaçon. Ils seraient donc favorables à la prise de mesures visant à faire cesser ces actes. Mais, inversement, il leur est nécessaire, avant d'agir, de disposer d'éléments suffisamment probants susceptibles de justifier leur

¹³⁰ Rapport sur les moyens de lutte contre le streaming et le téléchargement direct illicites du 15 février 2013 : http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_streaming_2013.pdf.

¹³¹ Lescure, Pierre, Mission « Acte II de l'exception culturelle », Contribution aux politiques culturelles à l'ère du numérique, mai 2013.

intervention. Ils répugnent bien évidemment à intervenir lorsque la situation n'est pas claire et sont soucieux d'éviter d'engager leur responsabilité vis-à-vis des sites, d'autres intermédiaires ou des internautes dès lors que leurs initiatives seraient jugées intempestives ou inappropriées.

Ainsi, si les services de paiement en ligne sont susceptibles de prendre certaines mesures entraînant la cessation de certains actes (suppression du droit d'utiliser le mode de paiement, fermeture indirecte du compte...), ce ne peut être qu'après avoir mis en place des procédures permettant le signalement de certaines atteintes avec fourniture de justificatifs et d'explications. Aujourd'hui, des accords sont passés entre certains prestataires et certains ayants droit. Et certains prestataires mettent déjà en œuvre, dans certains domaines, des moyens permettant un suivi des infractions constatées pour limiter les phénomènes de réouverture de compte sous une autre identité. Mais ce n'est pas encore suffisant.

Les solutions à envisager dans le secteur de la publicité doivent prendre en considération l'évolution des systèmes de placement d'annonces. Dans le système dit « à la performance », l'annonceur n'achète plus – comme dans le monde matériel – un espace précis mais la diffusion d'un message auprès d'un public ciblé. C'est dire qu'en pareille hypothèse, l'annonceur ne sait pas à l'avance où sa publicité sera diffusée. Le phénomène est aggravé par le recours à des procédés automatisés. Toutefois, dans des domaines autres que celui de la propriété littéraire et artistique, les annonceurs ont déjà mis en place des mesures permettant d'éviter des associations inappropriées (par exemple, publicités pour des alcools sur des sites à destination de mineurs). Il serait donc sans doute possible de paramétrer les outils utilisés pour éviter de placer de la publicité sur des sites contrefaisants. Encore faut-il, pour cela, connaître le statut illicite des sites concernés vis-à-vis de la propriété littéraire et artistique.

Le rapport de Mme Imbert-Quaretta propose de prolonger ces initiatives en France par la signature de deux chartes sectorielles sous l'égide de l'autorité publique. Suivant le rapport (p. 11), *« ces chartes auraient vocation à définir un cadre d'implication des acteurs de publicité et de paiement en ligne dans la lutte contre la contrefaçon du droit d'auteur et des droits voisins sur Internet et de préciser certaines modalités de leur intervention. Il pourrait être envisagé ultérieurement de compléter ces chartes par d'autres instruments de droit souple concernant notamment les moteurs de recherche ou les hébergeurs techniques (serveurs) les plus importants, afin d'optimiser le traitement des signalements des atteintes aux droits d'auteur qui leur sont adressés par les ayants droit »*.

Toutefois, de pareilles initiatives ne réussiront qu'à deux conditions :

- ces solutions ne peuvent rester nationales et il est indispensable que ces initiatives soient relayées et amplifiées au niveau de l'Union européenne ;
- il est nécessaire que puisse être établie, assez rapidement et de manière sûre, une information relative au statut des sites visés ; l'incertitude en la matière serait source de paralysie car les professionnels tant de la publicité que des moyens de paiement répugneront à agir dans le doute, de peur d'engager leur propre responsabilité.

Cette dernière exigence suscite naturellement certaines difficultés. Il s'agit de recueillir une appréciation objective sur la situation des sites en cause. Mais de la part de qui ?

Dans l'idéal, cette appréciation objective serait apportée par l'intervention de l'autorité publique qui constaterait les atteintes au droit exclusif, notamment à partir d'informations fournies par les ayants droit, et qui rendrait ses constatations publiques.

Pour distinguer les sites illicites des sites licites, nombre d'intervenants de ces secteurs songent immédiatement au juge. Mais cette voie, si elle devait être retenue, priverait en partie de son efficacité le dispositif envisagé, notamment pour des raisons purement temporelles ou encore procédurales.

Faut-il créer une nouvelle instance ? La France connaît la figure des autorités administratives indépendantes. Mais ailleurs ?

Il faut, de toute façon, à cette institution des moyens et une autorité.

En tout état de cause, l'autorité publique devrait pouvoir travailler en liaison avec d'autres instances, administrations ou institutions afin, selon le rapport de Mme Imbert-Quaretta, de « *croiser un certain nombre de données et d'analyses pour arriver à une constatation globale sur le site en se fondant sur des indices d'ordre quantitatif et qualitatif* ». Elle userait pour cela d'indices quantitatifs ou qualitatifs tant à propos des contenus que des modèles économiques utilisés¹³².

Reste bien évidemment que, même ainsi rationalisée, l'information peut rarement être globale. Un site n'est pas toujours composé de 100% de contenus illicites. Jusqu'à quel point l'illicéité de certains contenus doit-elle contaminer l'ensemble du site jusqu'à permettre la prise de mesures d'interdiction globale ? Ces dernières peuvent alors paraître trop brutales voire injustes au point de dissuader les acteurs des services de paiement ou de publicité. Au rebours, le risque encouru par le prestataire technique concerné le conduira peut-être à être plus attentif aux contenus mis en ligne. On mesure que cette solution ne peut être la même suivant le destinataire de la mesure et l'intensité du devoir de surveillance qui peut être mis à sa charge.

Quoi qu'il en soit, la voie mérite d'être explorée et il serait heureux que la France encourage l'Union Européenne à développer une réflexion en ce sens.

Élargissant les esquisses de solutions ébauchées dans certains Etats, l'Union Européenne devrait envisager de mettre en œuvre une réflexion accompagnant celle qu'elle entend ouvrir à propos du réexamen de la directive 2001/29/CE.

Au-delà des cas visés par le rapport de Mme Imbert-Quaretta, cette initiative devrait peut-être également prendre en considération la situation des bases de liens, d'annuaires voire de moteurs de recherche.

Mais plutôt que de favoriser le développement de solutions de type contractuel qui existent déjà dans certains États, l'Union Européenne pourrait tendre vers des solutions permettant de généraliser ces actions.

On ajoutera enfin le scepticisme de nombre d'ayants droit qui plaident pour que ces solutions soient énoncées dans un instrument européen assorti de sanctions, et ne relèvent pas seulement de la simple autorégulation. Si l'avantage des codes de bonne conduite est de créer des « cercles vertueux » susceptibles de gagner en vigueur et en portée en raison de leur

¹³² Le rapport Imbert-Quaretta cite (p. 13-14), à titre d'exemples :

- des indices quantitatifs : le nombre d'œuvres mises en ligne sur le site sans autorisation des ayants droit, notamment par rapport au nombre total de fichiers hébergés et à la fréquentation estimée du site ; le nombre et le contenu des demandes de retrait réalisées par les ayants droit, notamment par rapport à la fréquentation estimée du site ; le nombre de liens pointant vers des contenus illicites, notamment par rapport au nombre total de liens proposés sur un site et à sa fréquentation estimée ;

- des indices qualitatifs formels et juridiques : la diligence pour la suppression d'œuvres illicites ou de liens à la suite d'une demande des ayants droit ; la transparence concernant les responsables du site (mentions éditoriales, informations « Whois », moyens de contact, ...) ; les réponses apportées par le site aux éventuelles interrogations de l'autorité administrative ; le respect ou la méconnaissance d'injonctions de retrait prolongé (cf. III) ou d'injonctions judiciaires ; la présence sur des listes similaires dans d'autres pays ; les éventuels jugements nationaux ou étrangers concernant l'activité du site ;

- des indices qualitatifs relatifs au contenu et au modèle économique : le type et le contenu des publicités présentes sur le site ; le danger éventuel en termes de sécurité informatique pour les utilisateurs (exploitation de failles ou incitation à télécharger des logiciels malveillants) ; les interactions, notamment économiques, avec d'autres sites eux même largement contrefaisants, comme par exemple les programmes d'affiliation ; la rémunération ou non des téléverseurs en fonction de la consultation du contenu téléversé ; le type d'avantages mis en avant lors de la souscription d'abonnements à un site.

succès, il demeurera toujours des poches irréductibles que seules des mesures coercitives sont éventuellement susceptibles de résorber.

3.5. Conclusions intermédiaires

Quatre pistes peuvent être envisagées :

- La création d'un mécanisme de compensation équitable au profit des ayants droit en raison de certains des effets des régimes d'irresponsabilité conditionnée mis en place par la directive commerce électronique (voir 3.1).
- La mise à l'écart, dans les champs des droits d'auteur et des droits voisins, de certains des effets des régimes d'irresponsabilité conditionnée posés par la directive commerce électronique (voir 3.2).
- L'adoption de nouveaux statuts spéciaux propres à certains prestataires techniques (voir 3.3).
- L'implication de certains acteurs de la publicité ou des modes de paiement pour tarir les sources de revenus des contrefacteurs (voir 3.4).

Ces différentes solutions ont toutes en commun les liens qu'elles entretiennent avec la directive commerce électronique.

Cependant, la réouverture de cette dernière n'est pas nécessaire pour la mise en place des solutions 1 & 2.

Il est tout à fait loisible au législateur européen, sans avoir à modifier formellement le texte de la directive européenne relative au commerce électronique :

- de créer un système de compensation au sein d'un instrument de droit d'auteur et de droits voisins ;
- d'infléchir certains des effets des régimes d'irresponsabilité conditionnée au sein de la propriété littéraire et artistique.

De même, si la création d'un système visant à impliquer certains des acteurs de la publicité et des modes de paiement trouverait idéalement sa place dans de nouvelles dispositions de la directive commerce électronique, cette solution peut être atteinte par d'autres voies :

- soit en encourageant des solutions de type *Chartes* ou *Soft law* (Droit mou) ;
- soit – au moins à titre expérimental – en plaçant ces solutions dans le champ d'un texte de droit d'auteur quand bien même d'autres secteurs pourraient être concernés.

Seule l'hypothèse de création d'un nouveau statut de prestataires techniques (intermédiaire entre hébergeur et éditeur) appelle réellement une modification de la directive Commerce électronique. On observera toutefois que certains des effets alors poursuivis peuvent être obtenus sur le terrain de la solution numéro 2 qui préconise d'infléchir certains des effets de ce texte dans le champ du droit d'auteur et des droits voisins tant en raison de la spécificité de la matière que de l'existence de mesures techniques permettant l'adoption de nouvelles obligations.

Il demeure, cependant, que par souci tant de cohérence que d'efficacité, il semble nécessaire de rouvrir la directive commerce électronique – au moins à propos des articles 12 à 15 – afin de moderniser un texte qui a beaucoup vieilli et qui donne, par l'application qu'en font les juges, des solutions inadaptées aux hypothèses désormais concernées et aux usages qui se développent.

En articulation avec l'une ou l'autre de ces voies, il serait heureux que soit demandé :

- de dissiper les doutes quant à la possibilité d'impliquer dans la lutte contre la contrefaçon les prestataires techniques bénéficiant des régimes des articles 12 à 15 sans engager leur responsabilité (voir 3.3),
- de créer une autorité susceptible d'ordonner à ces prestataires techniques la prise de mesures destinées à faire cesser un trouble (voir 3.3).

Résumé des recommandations de la mission

Les personnes auditionnées ont, dans leur très grande majorité, exprimé leur opposition à la réouverture de la directive 2001/29/CE.

La position de la France devrait être simple à établir : Ne pas accepter le principe de la réouverture de cette directive tant que la nécessité réelle d'un réexamen des solutions existantes n'a pas été démontrée

Cela étant, la volonté européenne de réforme semble forte et elle a été réaffirmée par le nouveau président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker¹³³. Pour cette raison, la mission propose les recommandations suivantes.

1 - Insister sur un besoin et un devoir de cohérence :

- Ne pas accepter le principe de réouverture de la directive 2001/29 sans que ne soit également envisagé le principe de réouverture de la directive 2000/31/CE relative au commerce électronique ou, à tout le moins, celle des articles 12 à 15 de ce texte.
- Demander, à ce propos, la création d'un nouveau statut pour certains intermédiaires techniques dont les activités étaient peu (ou pas) développées en 2000.
- Même en l'absence de réouverture de la directive 2000/31/CE, proposer certaines solutions de nature à atténuer certains effets de cette dernière dans le champ de la propriété littéraire et artistique.

Il est tout à fait loisible au législateur européen, au sein d'un instrument de droit d'auteur et de droits voisins :

- de créer un système de compensation équitable ;
- d'infléchir, dans le même cadre, certains des effets des régimes d'irresponsabilité conditionnée au sein de la propriété littéraire et artistique ;
- de favoriser ou d'instituer la création d'un système visant à impliquer certains des acteurs de la publicité et des modes de paiement
 - soit en encourageant des solutions de type *Chartes* ou *Soft law*,
 - soit - au moins à titre expérimental - en plaçant ces solutions dans le champ d'un texte de droit d'auteur quand bien même d'autres secteurs pourraient être concernés.

¹³³ Lettre de mission du 10 septembre 2014 : « les règles du droit d'auteur devraient être modernisées durant la première partie de ce mandat, à la lumière de la révolution numérique, des nouveaux comportements des consommateurs et de la diversité culturelle européenne ».

2 - Jouer un rôle actif dans les négociations qui suivraient la décision de réouverture de la directive 2001/29

Sur les trois terrains vers lesquels la Commission semble vouloir orienter ses travaux, les positions suivantes peuvent être adoptées :

2.1 - S'agissant du monopole :

Aider la commission à lever les doutes nés de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne :

- Œuvrer à la clarification du contenu de certaines règles en :
 - o les réaffirmant avec plus de force (non-épuisement du droit de distribution dans l'hypothèse de la fourniture en ligne d'œuvres),
 - o tranchant certains conflits de normes (exigence - surprenante au regard des engagements internationaux des États membres - de la condition de « nouveau public »).
- Mais veiller à éviter, pour des raisons tenant au fond comme à la méthode, une réécriture de la structure du monopole dans le sens de la précision, au risque d'aboutir à une conception analytique du monopole et de perdre la souplesse du système actuel permettant l'adaptation spontanée des droits de propriété littéraire et artistique aux nouveaux usages.
- Inviter la Commission à réfléchir, s'agissant de la durée de protection des droits voisins aux fondements des différences de traitement entre les titulaires (différences qui résultent de la directive 2011/77) et, éventuellement, proposer des solutions appelées à y remédier.

2.2 - S'agissant des exceptions :

2.2.1 Réaffirmer l'attachement des systèmes de droit d'auteur pour une construction analytique des exceptions.

Souligner, par rapport au système de *fair use* américain :

- la prévisibilité des solutions,
- la plus grande facilité d'harmonisation,
- la plus grande sécurité de la construction.

2.2.2 Demander à la Commission, afin également de garantir une meilleure prévisibilité des solutions au sein de l'Union, de :

- trancher la question de savoir si en plus de fixer un plafond maximum de liberté pour les utilisateurs d'œuvres, la directive fixe également un seuil minimal lorsque l'exception est retenue (possibilité ou non pour les États membres de retenir une exception facultative en lui fixant des conditions plus draconiennes que celles posées par le texte européen) ;
- préciser ou réaffirmer le contenu d'un certain nombre d'exceptions afin que la Cour de justice cesse d'étendre leur champ et leur portée ou de réduire à néant leur fondement, ou encore pour éviter d'avoir à créer une nouvelle exception ;
- trancher la question des méthodes d'interprétation à utiliser par les juges afin d'éviter la persistance de la construction actuelle de la cour de justice de l'union européenne usant, sans logique apparente, de diverses méthodes suivant les hypothèses ;

- trancher la question du destinataire du triple test. Au besoin favoriser la désignation comme destinataires du triple test les juges nationaux, qui pourront ainsi faire du test un instrument de rééquilibrage des droits et intérêts.

2.2.3 Proposer à la Commission un guide logique permettant de justifier le caractère obligatoire du régime ou de l'existence de certaines exceptions :

Adopter des exceptions obligatoires – hors obligation internationale – seulement dans la mesure où (critères cumulatifs) :

- la démonstration aura été faite :
 - du besoin socio-économique et
 - de l'effet transfrontière de l'usage en cause ;
- la démarche est légitimée par le recours à des critères objectifs comme les droits fondamentaux ou l'existence d'un fort enjeu sociologique.

2.2.4 Proposer à la commission un *modus operandi* permettant de justifier la création éventuelle de nouvelles exceptions :

- Ajouter aux conditions précédentes et au principe de respect du test des trois étapes, l'exigence de :
 - la preuve que les exceptions existantes ne permettent pas – y compris avec quelques modifications – de régler les difficultés ;
 - la preuve, afin de ne pas inverser l'articulation principe/exceptions, que l'édification de la limite aux droits ne viendrait pas ruiner les chances de voir aboutir des solutions d'une autre nature déjà en place ou à l'étude.
- Refuser d'admettre une exception nouvelle au seul prétexte qu'elle serait compensée (au risque de contourner le principe de respect du test des trois étapes).
- Proposer à la Commission d'explorer les pistes retenues par les travaux réalisés dans le cadre du CSPLA (œuvres transformatives, *data mining*, bibliothèques...).

3 - S'agissant de la territorialité :

Inciter à la plus grande prudence la Commission et l'inviter à ne pas céder aux solutions de facilité.

Toute démarche réformatrice devrait :

- Prendre en considération les évolutions technologiques,
 - Non seulement pour apprécier les aspirations des consommateurs,
 - mais aussi pour évaluer la possibilité de réponses techniques à ces attentes.
- Chercher à promouvoir un nouvel équilibre entre fournisseurs de contenus et plates-formes de distribution.
- S'assurer qu'elle ne bouleverserait pas le modèle économique européen de financement des productions.

- S'assurer que les besoins des consommateurs ne sont pas satisfaits pour l'heure ou ne pourraient l'être à l'avenir par d'autres voies, notamment contractuelles.
- S'assurer que les solutions ne peuvent être trouvées sur le terrain d'autres disciplines juridiques.
- S'assurer que la solution recherchée s'inscrit bien, en tout état de cause, dans le mouvement actuel qui voit la règle du pays de réception, de prestation du service ou de consommation prendre de plus en plus le pas sur celle du pays d'origine, d'implantation ou d'émission, notamment sur les plans de la fiscalité, de la sauvegarde des droits fondamentaux et de la protection des consommateurs.

Annexe 1 : lettre de mission



Paris, le 28 MAI 2013

Professeur Pierre Sirinelli



Conseil supérieur
de la propriété
littéraire et artistique

182, rue Saint-Honoré
75033 Paris Cedex 01
France

Téléphone 01 40 15 82 16
Télécopie 01 40 15 88 45
cspla@culture.gouv.fr
www.culture.gouv.fr/cspla

Monsieur le Professeur, *ch. Sirinelli*,

Dans sa communication du 18 décembre 2012 sur le contenu dans le marché unique numérique, la Commission européenne a fait savoir qu'elle achèverait en 2013 son réexamen du cadre de l'Union européenne sur le droit d'auteur en procédant à une étude d'impact, notamment juridique, à des études de marché et à des travaux de rédaction législative. Elle s'est donné pour objectif de « *parvenir, en 2014, à une décision sur l'opportunité de soumettre les propositions de réforme législative qui résulteront de ces travaux, qui porteront sur les éléments suivants : territorialité dans le marché intérieur ; harmonisation du droit d'auteur, limites et exceptions au droit d'auteur à l'ère numérique ; fragmentation du marché européen du droit d'auteur ; et moyens d'améliorer l'efficacité et l'efficience des mesures de contrôle de l'application, tout en renforçant leur légitimité dans le contexte plus large de la réforme du droit d'auteur.* »

C'est dans cette perspective que je souhaite vous confier une mission sur les enjeux d'une éventuelle évolution du cadre communautaire en matière de droit d'auteur et de droits voisins, et en particulier d'une possible révision, si elle devait être envisagée, de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Alors que le débat en la matière a été très vif au cours des dernières années, au plan académique comme au plan politique, j'attends de votre mission qu'elle permette d'éclairer concrètement les enjeux d'un choix très lourd sur une éventuelle révision dont l'opportunité n'est pas établie en l'état, eu égard à l'exigence de stabilité du droit et de sécurité juridique des acteurs.

Cette mission aura d'abord pour objectif de dresser un bilan de la directive une douzaine d'années après son adoption en pointant les principales questions que pose son application. Elle pourra replacer la question d'une éventuelle réouverture de la directive 2001/29 dans le cadre du droit international par ailleurs applicable (convention de Berne, traités OMPI, accords ADPIC) pour en dégager les enjeux spécifiques. Elle tiendra compte des contributions les plus notables sur ce sujet, de la part de la doctrine comme des documents officiels des États membres qui se sont prononcés. Elle s'attachera à présenter les éléments pertinents de ce que pourra être une position française sur les principaux points identifiés par la communication de la Commission du 18 décembre 2012, en particulier les exceptions et leur éventuelle harmonisation accrue, la question de la

territorialité des droits, les enjeux réels de la fragmentation du marché unique et les questions d'efficacité de la mise en œuvre des droits.

Une telle mission se justifie d'autant plus que le rapport sur l'Acte II de l'exception culturelle remis le 13 mai 2013 par M. Pierre Lescure au Président de la République et à la ministre de la culture et de la communication se prononce en particulier pour une protection et une adaptation des droits de la propriété littéraire et artistique. En fonction des choix que fera le Gouvernement, la protection et l'adaptation de ces droits sont appelées à constituer le chantier essentiel de l'action du Conseil supérieur dans les années qui viennent.

Je vous remercie vivement d'avoir accepté de prendre en charge cette mission, pour laquelle votre éminente maîtrise des enjeux de fond, votre vaste reconnaissance académique et votre connaissance éprouvée des acteurs vous qualifient tout particulièrement, après le succès remarquable de vos travaux sur le contrat d'édition dans le domaine du livre. Vous serez assisté de Monsieur Christophe Pourreau, maître des requêtes au Conseil d'État et de Madame Alexandra Bensamoun, maître de conférences à l'université Paris-Sud. Compte tenu de l'échéance du début 2014 que s'est fixée la Commission européenne, une remise de vos conclusions d'ici la fin de l'année 2013 serait souhaitable.

Je vous prie de croire, Monsieur le Professeur, à l'expression de mes salutations distinguées *+ d'un grand intérêt à vos travaux.*


Pierre-François Racine

Annexe 2 : questionnaire adressé aux organismes auditionnés

1/ Le monopole d'exploitation

Une adaptation des articles 2, 3 et 4 de la directive 2001/29/CE vous paraît-elle utile ?

Pensez-vous qu'un texte plus précis serait nécessaire pour appréhender certains actes de mise à disposition nouveaux ?

2/ Les exceptions au monopole

Devrait-on changer la liste des exceptions de l'article 5 ? Et le cas échéant, dans quel sens ? Faudrait-il en supprimer certaines ? En créer de nouvelles ?

Faut-il revoir les conditions de mise en œuvre de certaines exceptions ?

Devrait-on rendre certaines exceptions obligatoires ? En garantir certaines ? Prévoir une compensation ?

Précisez.

3/ MTP et MTI

Quelle place doit-on accorder aux mesures techniques ? Doit-on privilégier l'une ou l'autre ?

4/ Article 8, paragraphe 3 de la directive

Quel sort pour l'article 8, paragraphe 3, transposé en droit français à l'article L. 336-2 du CPI ? Quels types de mesures pourraient être envisagés sur le fondement de l'article 8, paragraphe 3 ? La voie tracée par cette disposition pourrait-elle être approfondie ? Si oui, comment ? Quelle articulation avec les procédures de « *take down* » prévues par la directive 2000/31/CE ?

5/ *Soft law*

L'établissement de codes de bonne conduite doit-il être encouragé ? Encadré ? Dans quels domaines ?

6/ Ouvertures et prolongements

Existe-t-il des champs où l'harmonisation serait nécessaire ? Le cas échéant, l'encadrement des contrats de droit d'auteur en fait-il partie ?

Comment améliorer la défragmentation du marché ?

Est-il nécessaire de repenser l'articulation entre les diverses directives communautaires concernant le droit d'auteur ? Y a-t-il des incohérences ?

Pensez-vous que d'autres questions doivent être évoquées dans le cadre d'une éventuelle évolution de la directive 2001/29/CE ?

Si certains des membres du CSPLA disposent d'études constitutives d'un premier bilan, sur certains points, de l'application de la directive, il leur est loisible de les transmettre au bureau de la mission. Il est également possible aux membres de procéder par la voie de réponses écrites.

Annexe 3 : liste des organisations et personnes auditionnées

1/ Représentants des auteurs et artistes interprètes

Administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI) : Isabelle Feldman, directrice des affaires juridiques et internationales, et Anne-Charlotte Jeancard

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) : Marie-Anne Ferry-Fall, directrice générale, et Thierry Maillard, directeur juridique

Conseil permanent des écrivains (CPE) : Marie Sellier, présidente, Agnès Defaux, vice-présidente images, et Emmanuel de Rengervé

Groupement européen des sociétés d'auteurs et de compositeurs (GESAC) : Véronique Desbrosses, secrétaire générale

Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) : Pascal Rogard, directeur général, et Hubert Tilliet, directeur juridique

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) : David El Sayegh, secrétaire général, et Caroline Bonin, directrice juridique

Société des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) : Olivier Brillanceau, directeur général, et Agnès Defaux, directrice juridique

Société civile des auteurs multimédias (SCAM) : Hervé Rony, directeur général, et Marie-Christine Leclerc-Senova, directrice juridique

Société des gens de lettres (SGDL) : Jean-Claude Bologne, président, Valérie Barthez, directrice juridique, et Geoffroy Pelletier, secrétaire général

Société nationale des auteurs et des compositeurs (SNAC) : Simone Douek, présidente, Jean-Marie Moreau, président d'honneur, et Emmanuel de Rengervé, délégué général

Union nationale des syndicats d'artistes musiciens de France-CGT (SNAM-CGT) : Laurent Tardif

Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA) : Christian Roblin, directeur, et Florence-Marie Piriou, directrice juridique

Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes (SPEDIDAM) : Xavier Blanc, directeur des affaires juridiques et internationales, et Denis Verrey, directeur contrats et contentieux

Union nationale des auteurs et des compositeurs (UNAC) : Dominique Pankratoff, président

Fondation Giacometti : Véronique Wiesinger, directrice, Patrick Refalo, secrétaire général, et Emilie Le Mappian, juriste

2/ Représentants des éditeurs et producteurs

Association des producteurs de cinéma (APC) : Frédéric Goldsmith, délégué général, et Alexandra Winckler

Chambre syndicale de l'édition musicale française (CEMF) et société des éditeurs et auteurs de musique (SEAM) : Philippine Girard-Leduc, directrice juridique

Chambre syndicale de l'édition musicale française (CESDM) : Angélique Dascier, déléguée générale

Syndicat des éditeurs de services de musique en ligne (ESML) : Gilles Bressand, délégué général

Fédération des éditeurs européens (FEE) : Anne Bergman-Tahon, directrice, et Liv Vaisberg, juriste

Fédération française des télécoms (FFT) : Jean-Marie Le Guen

Fédération nationale de la presse d'information spécialisée (FNPS) : Laurent Bérard-Quélin, président de la commission des médias électroniques, et Boris Bizic, directeur juridique

Fédération internationale des producteurs de phonogrammes (IFPI) : Olivia Regnier, directrice du bureau européen

Institut national de l'audiovisuel (INA) : Mathieu Gallet, président, Jean-François Debarnot, directeur juridique, et Marie-Laure Daridan, responsable des relations institutionnelles

Société civile des producteurs de cinéma et télévision (Procirep) : Itzard Vanderpuy, secrétaire général

Société civile des producteurs phonographiques (SCPP) : Marc Guez, directeur général, et Laurence Marcos, directrice juridique

Syndicat national de l'édition (SNE) : Christine de Mazières, déléguée générale, Lore Vialle-Touraille, directrice juridique, et Catherine Blache, responsable des affaires européennes et internationales

Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) : Guillaume Leblanc, délégué général, et Alexandre Lasch, directeur juridique

Syndicat des producteurs indépendants (SPI) : Juliette Prissard, déléguée générale

Société civile des producteurs de phonogrammes de France (SPPF) : Karine Colin, directrice juridique

Groupe Canal + : Pascaline Gineste, Christine Nguyen et Séverine Fautrelle

Deezer : Adèle Zangs, directrice juridique

Eurocinéma : Yvon Thiec, directeur général

Hachette Livre : Laure Darcos, responsable des relations institutionnelles

Reed Elsevier : Jean-Franck Cavanagh, directeur des relations extérieures

Groupe TF1 : Jean-Michel Counillon, secrétaire général, et Anthony Level, juriste

Vivendi : Sylvie Forbin, directrice des affaires institutionnelles et européennes, et Marie Sellier, directrice des affaires publiques et de la propriété intellectuelle

3/ Représentants des prestataires techniques

Association des services Internet communautaires (ASIC) : Giuseppe de Martino, président, et Benoît Tabaka, secrétaire général

Apple : Marie Hugon, iTunes SARL

Google : Alexandra Laferrière, directrice des relations institutionnelles, Benjamin du Chaffaud, senior legal counsel, et Cédric Manara, copyright counsel

Microsoft : Marc Mossé, directeur des affaires institutionnelles et juridiques, et Quang-Minh Lepescheux, juriste

Orange : David Grosz, directeur des affaires juridiques, Orange TV

4/ Représentants des utilisateurs

Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes (CFPSAA) : Sylvain Nivard, président, et Alain Lequeux, vice-président

Interassociation archives bibliothèques documentation (IABD) : Marie-Dominique Heusse et Michèle Battisti, vices-présidentes

UFC Que choisir : Karine de Krescenzo et Antoine Autier, chargés de mission

5/ Autres personnes auditionnées

Commission européenne, DG marché intérieur et services, direction de la propriété intellectuelle : Maria Martin-Prat de Abreu, chef de l'unité droit d'auteur, et Jean Bergevin, chef de l'unité lutte contre la contrefaçon

Hadopi : Jacques Toubon, ancien ministre, membre du collège, et Sarah Jacquier, directrice juridique

Table des matières

INTRODUCTION	2
1. UNE RÉVISION DE LA SEULE DIRECTIVE 2001/29/CE NE SERAIT PAS À LA HAUTEUR DES ENJEUX ACTUELS DE LA PROTECTION DU DROIT D'AUTEUR	3
1.1. La perspective d'une révision de la seule directive 2001/29/CE suscite des réactions très majoritairement négatives	3
1.1.1. La mission s'est efforcée d'auditionner l'ensemble des parties intéressées par la révision de la directive 2001/29/CE	3
1.1.2. Les réactions à la perspective d'une révision de la seule directive 2001/29/CE ont été majoritairement négatives	4
1.1.3. Des prestataires techniques et certaines catégories d'utilisateurs sont néanmoins favorables à la révision de la directive 2001/29/CE	7
1.2. La circonstance que seule la directive 2001/29/CE soit révisée, et ce dans le sens d'un assouplissement du droit d'auteur, explique la teneur de ces réactions	8
1.2.1. Le régime d'irresponsabilité des prestataires techniques de l'Internet a affaibli la protection du droit d'auteur	9
1.2.2. L'heure est venue de s'interroger sur le bien-fondé du maintien de ce régime dérogatoire	10
1.2.3. Une harmonisation et une réduction de la protection du droit d'auteur n'apparaissent pas opportunes	13
1.3. Le cadre juridique européen en matière de droit d'auteur ne doit être réexaminé que de façon globale et équilibrée	14
1.3.1. La révision du cadre juridique européen en matière de droit d'auteur doit être globale	15
1.3.2. La révision du cadre juridique européen doit aller dans le sens d'une consolidation de la protection du droit d'auteur	15
2. SI DES AMÉLIORATIONS PEUVENT ÊTRE SUGGÉRÉES POUR FAIRE ÉVOLUER LA DIRECTIVE 2001/29/CE, LE CONTENU DE LA PROTECTION DOIT ÊTRE PRÉSERVÉ	16
2.1. Les droits patrimoniaux doivent être préservés tout en maintenant la structure du monopole	16
2.1.1. Les contours du monopole doivent être précisés	17
2.1.1.1 La définition légale du monopole.....	17
2.1.1.2 Les évolutions éventuelles.....	18
2.1.1.3 Propositions générales : maintenir la structure et clarifier certaines règles.....	24
2.1.2. La durée de protection de certains droits voisins du droit d'auteur doit être réfléchie	25
2.2. Les exceptions au monopole ne doivent être modifiées qu'avec prudence	26
2.2.1. La liberté laissée aux Etats membres sur les exceptions tend à se restreindre sous l'effet de la jurisprudence	27
2.2.1.1 Le retrait du législateur.....	27
2.2.1.2 L'interventionnisme du juge.....	28
2.2.1.2.1 Le cadre de l'intervention.....	28
2.2.1.2.2 Appréciation critique de l'intervention.....	31
2.2.2. L'intervention sur les exceptions doit être guidée par un certain nombre de principes	31
2.2.2.1 Conserver le système analytique.....	32
2.2.2.2 Préciser le destinataire du test.....	35
2.2.2.3 Préciser le contenu de certaines exceptions.....	37
2.2.2.4 Rendre certaines exceptions obligatoires ?.....	38
2.2.2.4.1 Propositions générales sur la base des exceptions existantes.....	38
2.2.2.4.2 Propositions particulières sur la base de situations nouvelles.....	42
2.3. La question de la territorialité des droits ne peut être réexaminée qu'avec la plus extrême prudence	48

2.3.1. Les raisons mises en avant par les producteurs pour s'opposer à une remise en cause de la territorialité paraissent fondées	49
2.3.2. La satisfaction des intérêts des consommateurs n'appelle pas nécessairement une modification de la substance des droits existants	52
3. LA RÉVISION DE LA DIRECTIVE 2001/29/CE IMPLIQUE UN RÉEXAMEN SOIT DU STATUT PROTECTEUR CONFÉRÉ À CERTAINS PRESTATAIRES TECHNIQUES PAR LA DIRECTIVE 2000/31/CE, SOIT DE CERTAINS DES EFFETS DE CE DERNIER	53
3.1. Les sociétés de gestion collective d'auteurs et d'artistes interprètes proposent la création d'un système de compensation équitable au profit des titulaires de droits	56
3.2. Les représentants des producteurs demandent – du fait de l'existence du test des trois étapes – la mise à l'écart de certains des effets de la directive 2000/31/CE dans le champ de la propriété littéraire et artistique	62
3.3. Certaines institutions françaises plaident pour la création d'un nouveau statut spécifique pour certains prestataires techniques de l'Internet	64
3.3.1. Préconisations du Conseil d'Etat	64
3.3.2. Préconisations des sénateurs Laurent Bêteille et Richard Yung	65
3.4. Il est nécessaire de mettre en place des solutions destinées à impliquer des acteurs de la publicité et du paiement en ligne afin de tarir les sources de revenus de certains prestataires vivant de la contrefaçon	70
3.5. Conclusions intermédiaires	74
RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS DE LA MISSION	76
ANNEXE 1 : LETTRE DE MISSION	80
ANNEXE 2 : QUESTIONNAIRE ADRESSÉ AUX ORGANISMES AUDITIONNÉS	82
ANNEXE 3 : LISTE DES ORGANISATIONS ET PERSONNES AUDITIONNÉES	83

**HIGH COUNCIL FOR LITERARY AND
ARTISTIC PROPERTY**

**Report of the mission on the revision of Directive 2001/29/EC on
the harmonisation of certain aspects of copyright and related
rights in the information society**

December 2014

Head of the mission:

Pierre Sirinelli, Professor at Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne, and member of the High Council for Literary and Artistic Property

Rapporteurs for the mission:

Alexandra Bensamoun, Senior Lecturer HDR, Université Paris-Sud

Christophe Pourreau, Maître des Requêtes of the Conseil d'Etat

N.B. This report was presented at the plenary session of the High Council for Literary and Artistic Property of 18 November 2014. Members of the High Council made their observations during the event and also in writing.

Introduction

This report sets out the issues surrounding potential changes to the European legal copyright framework, and primarily those related to a revision of Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 regarding the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

Part one provides an analysis of the hearings conducted on the application of Directive 2001/29/EC, and reactions to its potential revision.

Part two reveals some of the difficulties encountered since the Directive was adopted, and makes reference to some possible areas for change in the field of copyright and related rights, as well as to exceptions to and limitations of such rights.

Part three shows that literary and artistic property rights cannot be viewed as 'self-sufficient', and puts forward proposals with a view to finding a better balance between authors' rights and interests and those of the users of copyright works, and also to improving the effectiveness of the applicable law, particularly as regards the provisions of Directive 2000/31/EC regarding certain legal aspects of information society services, notably e-commerce, within the internal market.

1. A revision of Directive 2001/29/EC alone is not currently a high priority in the area of copyright protection

1.1. The potential revision of Directive 2001/29/EC alone has prompted largely negative reactions

In accordance with its mission letter, the mission heard all of the parties affected by the revision of Directive 2001/29/EC. Although some technical service providers and representatives of users of copyright works are in favour of the revision, the large majority of the reactions to this possibility are negative, particularly from rights holders.

1.1.1. The mission endeavoured to hear all of the parties concerned by the revision of Directive 2001/29/EC.

In its communication on content in the Digital Single Market dated 18 December 2012¹, the European Commission indicated that it would work on two parallel tracks of action to improve the functioning of the digital single market, while ensuring a high level of protection of intellectual property rights. The first was part of a dialogue with professionals – *Licences for Europe* – seeking practical solutions, particularly innovative licensing regimes, in the context of the existing legislative framework. The second relates to the revision of the EU legislative copyright framework with a view to a decision in 2014 on whether to table the resulting legislative reform proposals to the Council.

The possibility of reopening the debate at a European level on copyright protection in the digital economy met with questions and concerns.

Given the importance of the topic, the Chair of the High Council for Literary and Artistic Property has asked this mission to reflect on the issues surrounding potential changes to the European legal copyright framework, and primarily those related to Directive 2001/29/EC of 22 May 2001 regarding the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society².

In order to lead this reflection, the mission heard representatives from all of the organisations and categories related to copyright protection.

In order to help the various parties to achieve a more in-depth reflection on the revision of Directive 2001/29/EC, the mission began by drafting a document identifying the issues that were likely to be examined by the European Commission, which it sent to all of its contacts. On the basis of this document, it organised several group meetings relating in turn to copyright, rights related to copyright and internet technical service providers, in order to obtain initial reactions by the relevant organisations and to encourage them to think about potential recommendations for changes to be made, should the European Commission submit a proposal to the Council to revise the Directive.

Secondly, it heard the associations, trade unions and collecting societies representing the authors, artists and performers, producers and publishers, internet technical service providers,

1

View the communication at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0789:FIN:FR:PDF>

² Refer to the mission letter in Appendix 1.

together with user representatives and experts³, in order to collate their verdicts and ideas on copyright protection in the digital world.

It also met representatives from the European Commission's Intellectual Property Directorate and Directorate-General for the Internal Market and Services, in order to gain further information on the work timetable at a European level, and on the options that are likely to be available.

Thirdly, both before and after the European Commission launched a public consultation on the revision of the European copyright framework, it again organised group meetings with the collecting societies and organisations representing right holders in order to review their opinion on the revision of Directive 2001/29/EC and to provide them with possible areas for change in European law on this topic.

1.1.2. The potential revision of Directive 2001/29/EC alone has prompted mainly negative reactions.

The many hearings and written contributions collated by the mission show that amongst the organisations representing the interests of the right holders of copyright and rights related to copyright, the vast majority of reactions to a potential revision of Directive 2001/29/EC are negative.

Many types of criticism have been raised at the request of the European Commission.

Firstly, the very concept of a revision of the European legal copyright framework has been rejected, regardless of the types of amendments to be made to the actual legislation.

Indeed, given the sensitive nature of the topic and the differing stances of the Member States, negotiations for a revision of Directive 2001/29/EC would undoubtedly be long and complex, and their outcome is uncertain.

Nearly five years after it was adopted, discussions regarding the current Directive and the difficulties involved with transposing it into national law are still fresh in our minds.

Furthermore, the adoption of a revised Directive 2001/29/EC would give rise to a new period of uncertainty as regards applicable copyright rules, while the industrial and financial challenges related to copyright continue to increase.

Indeed, given the generic nature of the Directive's provisions and the regular addition of new services and uses in the digital world, the applicable rules are sometimes difficult to determine, to the extent that both the national and European high courts play an essential role in legal regulation of the digital world.

Consequently, the vast majority of organisations representing right holders together with internet technical service providers consider overturning the applicable legal framework inappropriate, at a time in which the main questions raised by Directive 2001/29/EC and by the provisions transposing the Directive into national law have been answered by case law from the Court of Justice of the European Union or the Cour de Cassation.

Secondly, representatives of rights holders fear that the revision of Directive 2001/29/EC would lead to a step backwards for the protection of copyright at a European level.

The current Directive legislation does in fact provide a relatively good level of protection for right holders.

Indeed on the one hand, the Directive does not question the variety or territorial application of copyright and related rights within the European Union.

³ View the list of people and organisations heard in Appendix 2.

Thus, the author of an intellectual work has the option of transferring various patrimonial rights which he/she holds exclusively to people or entities in different ways according to the rules of the various Member States, including reproduction rights, communication or making available to the public rights and distribution rights.

On the other hand, the 20 or so exceptions and limitations to reproduction rights or to reproduction and communication or making available to the public rights do not constitute rights for their beneficiaries, but rather exceptions to the exclusive right of the author. Therefore they cannot be invoked in support of a direct law suit, but as a means of defence in an infringement case⁴.

Furthermore, apart from the temporary technical copy exception set out by Article 5 (1) of the Directive, the implementation of these exceptions and limitations is optional for Member States⁵.

Finally, while requiring Member States to ensure that users can in fact benefit from some of the exceptions that exist⁶, Article 6 of the Directive sets out legal protection against the bypassing of technical measures to protect exclusive rights.

And yet the current situation seems to be weighted against the interests of authors and other exclusive right holders.

The reopening of the copyright debate is happening at a time in which users appear to be less aware of the need for authors to receive fair payment, and in which technological and economic developments have strengthened the position of internet technical service providers.

Thus, although maintaining a fair balance between the rights and interests of authors on the one hand and user access to copyright works on the other hand should now lead to a strengthening of right holders' prerogatives, there is a great risk that negotiations would lead to a reduction of the scope of exclusive rights and a longer list of copyright exceptions.

Thirdly, right holder representatives criticise the European Commission's chosen method, which consists of studying the possibility of revising Directive 2001/29/EC alone, without reflecting on the consistency of all European legislation on copyright and related rights, and excluding any revision of Directive 2000/31/EC of 8 June 2000⁷.

Indeed firstly, the main obstacle to copyright enforcement is currently the protective regime which covers internet technical services providers who, in accordance with the provisions of the Directive, are exempt from all liability for the information that they send, store or host, even if they perform acts to which authors' exclusive rights are applied.

Secondly, logic dictates that these two Directives should be revised concurrently, given that they both deal with legal aspects of the digital economy and that the European legislator

⁴ On this point, see Court of Cassation, 1st civil division, 28 February 2006, *Studio Canal et al. v. association UFC*, no. 05-15.824 and 05-16.002 and 19 June 2008, *Perquin v. Films Alain Sarde et al.*, no. 07-14.277.

⁵ Thus, France has not implemented in national law the exceptions to reproduction rights for ephemeral recordings of works by broadcasters, or for the reproduction of programmes by non-profit social institutions as set out by Article 5, (2) points d and e, or the exceptions to reproduction, communication or making available to the public rights for the use of works during religious or official ceremonies, for works that are permanently located in public places, for works that are unintentionally included in another product, or for building designs or plans required for their reconstruction, as set out by Article 5, (3), points g, h, i and m of the Directive.

⁶ These include the exceptions for reprography, reproduction by libraries, museums and archives, for ephemeral recordings of works by radio stations for their own use, for reproduction by non-profit social institutions, and the research and education exception, the disability exception, the exception for the purpose of public safety and, under certain conditions, the private copying exception. The full list of these exceptions is provided in Article 6, (4) of the Directive.

⁷ This Directive relates to certain legal aspects of information society services in the internal market, in particular electronic commerce.

advised that they should come into force at the same time⁸, even if Directive 2000/31/EC has a greater scope.

Limiting the modification of the European legal copyright framework to the revision of Directive 2001/29/EC increases the risk that protection granted to copyright moves backward.

The negative reactions of rights holders representatives to the possibility of a revision of Directive 2001/29/EC alone have been reinforced by the outcome of talks held as part of *Licences for Europe*, and by the content of the European Commission's public consultation on the revision of Directive 2001/29/EC.

Firstly, both web user representatives and also organisations representing certain specific user categories, such as researchers and library representatives, left the *Licences for Europe* working groups before the work was complete. Therefore the practical results of these structured discussions held between professionals were limited.

Although some right holder representatives were glad of the relative failure of the exercise, the attitude of users and technical service providers attests to their confidence that the next modification of the Directive will move towards a relaxation of copyright rules.

Secondly, the public consultation on the revision of European copyright rules, which was launched by the European Commission on 5 December 2013⁹, attests to the risks linked to a revision of Directive 2001/29/EC.

Indeed, the questions asked related primarily either to the territorial application of rights in the digital world and the disadvantages of such an application for the smooth running of the internal market, or to the extension of the list of exceptions and limitations, and the withdrawal of their optional nature for Member States.

1.1.3. Technical service providers and some user categories are however in favour of revising Directive 2001/29/EC

The European Commission's initiative and the possible revision of Directive 2001/29/EC have also prompted positive reactions, both from certain internet technical service providers and by certain user categories and consumer associations.

The current Directive is criticised by technical service providers on three counts:

Firstly, they believe that the Directive has maintained a traditional view of the notions of the reproduction right and the communication to the public right, which has not been adapted to the digital world.

Therefore, according to these operators, services offered through the internet involve successive copies of works, to which the reproduction right should not apply, and links from one site to another, to which the communication or making available to the public rights should not apply.

The fears of service providers are illustrated by the uncertainty that surrounds the responses of the Court of Justice of the European Union to the preliminary matters referred to it. In this respect, the response recently provided by the Court to the issue of whether a hyperlink to a

⁸ On this subject see recital 50 of Directive 2000/31/EC, which states: "It is important that the proposed directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society and this Directive come into force within a similar time scale with a view to establishing a clear framework of rules relevant to the issue of liability of intermediaries for copyright and relating rights infringements at Community level."

⁹ It can be viewed at: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_fr.htm

copyright work located on another website constituted the application of the communication to the public right did not resolve all questions¹⁰.

Furthermore, some service providers also defend the idea that the communication or making available to the public rights should not be applied to file, image or video sharing through websites between private individuals.

Secondly, they consider that the territorial application of copyright and the existence of a long list of optional exceptions and limitations hinder the smooth running of the internal market.

They appeal for the system of a long list of rigorously interpreted exceptions to be withdrawn, and argue that whether or not an exclusive right applies to an act or whether such an application is avoided depends solely on the result of the three-step test set out by Article 5 (5) of Directive 2001/29/EC¹¹.

Failing this, the greatest possible number of exceptions should be harmonised at a European level, both their existence, which should be mandatory, and the terms and conditions of their implementation.

Thirdly, service providers believe that the provisions of the Directive which authorise Member States to take appropriate measures against copyright infringements are too general and have given rise to questionable decisions, particularly Article 8 (3)¹², which states that measures may be taken against them on the grounds that their services have been used to infringe copyright, at the request of rights holders, even if they are not responsible for such infringement.

Thus, pursuant to Article L. 336-2 of the French Intellectual Property Code [*code de la propriété intellectuelle*], which transposes Article 8 (3) of the Directive into national law, the Court of Cassation ruled that a professional organisation could order Google to delete the additional terms suggested during requests made by web users which point these users to sites providing illegal downloads of copyright works¹³.

Also pursuant to these provisions, the Paris tribunal de grande instance ordered internet service providers and search engines to take any measures required to prevent access to websites in the 'Allostreaming' network from French soil¹⁴.

As for users and consumer associations, their expectations of a revision of Directive 2001/29/EC consist of either a broadening of the scope of certain existing copyright exceptions and limitations, the definition of which they deem excessively restrictive, or the creation of new exceptions to take into account uses which had not been developed ten years ago.

Requests for a broader scope relate above all to exceptions for libraries and exceptions for research and educational purposes. The former are deemed technologically inadequate for user expectations. The latter are criticised in that the differences in transposition between the Member States hinder cross-border projects, which are common in the field of research¹⁵.

¹⁰ See CJEU, 13 February 2014, Svensson, case C-466/12. Other preliminary matters on similar topics are pending with the Court.

¹¹ Article 5: "(...) 5. *The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.* ". This test is taken from Article 9 (2) of the amended Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works dated 9 September 1886.

¹² Article 8: "(...) 3. *Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right.*"

¹³ See Cass. 1st civ., 12 July 2012, SNEP v. Google France, no. 11-20.358.

¹⁴ See Paris CFI, 28 November 2013, APC et al. v. Auchan Telecom et al., no. 11/60013.

¹⁵ Laid down by Article 5 (2) (c) and (3) (a) and (n) of Directive 2001/29/EC, and by Article 6 (1) of Directive 2006/115/EC.

Requests to create new copyright exceptions relate primarily to activities known as 'text and data mining' (TDM), which consists of the computer processing of groups of texts or databases in order to extract new knowledge, together with so-called transformative works and, more generally, user-generated content (UGC), defined as works created using a pre-existing work.

A desire for better harmonisation of the private copying exception has also been expressed, both as regards the exception's conditions (and therefore its scope), and as regards its compensation arrangements.

Notwithstanding these statements by certain service providers and user categories, and as previously indicated, the consultations carried out by the mission show that the vast majority of the organisations heard by the mission are opposed to the reopening of negotiations on Directive 2001/29/EC.

1.2. The possibility of only Directive 2001/29/EC being revised, in favour of a relaxation of copyright rules, explains the content of these reactions.

The negative reactions to the possible revision of Directive 2001/29/EC alone are primarily explained by the fact that, against a backdrop of the weakening of copyright protection at a European level, it is now time to re-examine the relevance of the protection regime offered to internet technical service providers by Directive 2000/31/EC.

1.2.1. The no liability regime for internet technical service providers has weakened copyright protection

Online service providers such as Google, YouTube, Dailymotion and Facebook, have benefited from and been allowed to develop by the protection status offered by Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC, in particular the status of hosting provider as set out by Article 14 thereof.

Pursuant to the above provisions, service providers whose business involves storing information provided by third parties are not liable for the information stored, provided firstly that they have no knowledge of the illegal nature of the suppliers' actions or of the information that has been supplied, and secondly, that as soon as they are made aware of the illegal nature of certain information and files, they promptly withdraw them or ensure that they cannot be accessed.

The no liability regime thus defined constitutes an exception to the historical movement towards the accountability of economic operators due to the damage caused by their business activity.

It was justified by the wish to create a legal framework that would ensure free access to information society services, and therefore the development of efficient web infrastructure and technical operators.

Thus recital 42 of Directive 2000/31/EC states: "*The exemptions from liability established in this Directive cover only cases where the activity of the information society service provider is limited to the technical process of operating and giving access to a communication network over which information made available by third parties is transmitted or temporarily stored,*

for the sole purpose of making the transmission more efficient; this activity is of a mere technical, automatic and passive nature, which implies that the information society service provider has neither knowledge of nor control over the information which is transmitted or stored."

The no liability regime was therefore narrowly defined and was only supposed to apply to certain pre-determined technical operations, to enable improved circulation of data between web users. However, the national and European courts have chosen to accept a broader concept of the activities of conduit, storage or hosting on the internet.

Firstly, indeed in a judgment issued in the field of industrial property, on business links provided by Google, the Court of Justice of the European Union ruled that Article 14 of Directive 2000/31/EC could be applied to an internet search service provider, if it was established that it was not playing "*an active role in such a way as to grant it knowledge or control of the stored data*"¹⁶.

Secondly, the Court of Cassation ruled that companies that publish photos online or reference photos on the web could claim the status of a hosting provider, provided that they were not involved in any selection of the content. The fact is that such sites sell advertising space had no impact on the status of these service providers¹⁷.

Provided that they are careful not to interfere in the selection and formatting of the content, online service providers and retail sites therefore seem to be able to benefit from the conditional no liability status set out by Directive 2000/31/EC.

However it is difficult to maintain, as stated by Article 14 of Directive 2000/31/EC regarding hosting activities, that operators such as Google or Dailymotion are the sole recipients of the search engine service or photo and video referencing, and that the services that they provide consist solely of improving the technical quality of the transmission of information or temporarily storing data.

And yet the impact of this no liability regime is tantamount to a limitation of copyright.

Admittedly, on the one hand, technical service providers are liable for the copyright works appearing on their site which they know have been created or transmitted in breach of copyright rules, and on the other hand national authorities have the option of ordering such service providers take down illegal content.

Yet only the most powerful rights holders have the resources to enable them to identify all instances of illegal content appearing on the internet and to ensure that it is taken down.

Moreover, this regime in principle exempts technical service providers from performing any checks on the legality of the text, photos or videos uploaded onto their websites, and prohibits administrative authorities and national courts from demanding that such providers prevent illegal content that has previously been taken down from being reposted (stay down procedures), or that they set up general monitoring and filtering systems for such referenced content¹⁸.

The result of the no liability regime for internet technical service providers, as interpreted by the case law, is that copyright protection in the digital economy is not always effectively guaranteed.

¹⁶ See CJEU, 23 March 2010, Google Inc. v. Louis Vuitton, case C-236/08 to C-238/08, points 109 to 120.

¹⁷ See Cass. 1st civil division., 17 February 2011, Carion v. Dailymotion, no. 09-67.896 and 12 July 2012, Aufeminin.com v. Philippot, nos. 11-15.165 and 11-15.188.

¹⁸ See CJEU, 24 November 2011, Scarlet Extended v. Sabam, case C-70/10, paras 37 et seq. and 16 February 2012, Sabam v. Netlog, case C-360/10, paras 35 et seq. and Cass. 1st civ., 12 July 2012, Google France v. Bac Films, no. 11-13.666.

1.2.2. The time has come to question the merits of maintaining this derogation regime

The radical changes to the creative economy over the past ten years provides grounds for examining the possibility of a concurrent revision of Directive 2000/31/EC.

Firstly, digital technology has redefined the value chain in the cultural economy to the detriment of authors, performers or producers of copyright works in favour of online communication service providers.

Over a period of around 15 years, new capital goods and services have been created, primarily due to the development of high-speed internet access.

These new services have made it easier to access cultural goods, but have also changed how such cultural goods are consumed.

On the one hand, there has been a clear shift of the consumption of cultural goods from traditional broadcasting channels to the internet.

Thus, consumption of cultural goods is one of the main public uses of the internet. According to the Ifop/Hadopi poll¹⁹, 65% of web users use the internet to catch up with the news, 47% to listen to music, watch videos or read books online, and 18% to play video games online. The percentages were higher for youngest respondents.

Moreover, online trade and purchases have grown exponentially over recent years. According to data released by Eurostat²⁰, 38% of individuals within the European Union ordered goods or services on the internet in 2013, whereas in 2002 only a small minority did so. This percentage reached 44% in France and 71% in the United Kingdom.

On the other hand, new consumption patterns have appeared for cultural goods, marked by the emergence of free-of-charge models funded by advertising, particularly in the music and audiovisual production sectors.

Therefore, according to the aforementioned Ifop/Hadopi poll, 88% of consumers of online television series obtain content solely or most often free-of-charge, which is also true for 87% of music and photo consumers and 82% of film consumers.

This change in consumption patterns for cultural goods has resulted in a redefinition of the cultural economy value chain.

On the one hand, the value share captured by manufacturers of communication goods aimed at the general public (computers, tablets, smartphones) and by online communication service providers (particularly Apple, Google, Facebook and Amazon) has risen sharply.

Online communication service providers now occupy the role of an intermediary between content creators and consumers, and do not require the services of publishers. They are in a strong position to monetize their services by selling banner ads.

On the other hand, the value share captured by creators and publishers has fallen, due firstly to the influence of a change in behaviour towards the free consumption of cultural goods, and secondly, the power of the online communication service provider market.

¹⁹ Consult the Hadopi survey: [Biens culturels et usages d'Internet : pratiques et perceptions des internautes français](http://hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI-160113-BU2-Complet.pdf) [Cultural goods and internet usage: French web users' habits and perceptions], January 2013: <http://hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/HADOPI-160113-BU2-Complet.pdf>

²⁰ See <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=fr&pcode=tin00067&plugin=1>

According to a study carried out by the firm Arthur D. Little²¹ on the revenue of the 30 main representatives of each stakeholder category in the digital economy, the turnover of online communication service providers and manufacturers of consumer goods rose respectively by 152% and 68% between 2006 and 2011, while the turnover of content providers rose by just 10% over the same period.

Secondly, powerful economic operators have established themselves in the digital economy sector.

Online video sites such as YouTube and Dailymotion, social networks such as Facebook, on-demand music streaming services such as iTunes or Deezer and image banks on the internet such as Shutterstock or Fotolia did not exist in 2001. At this time, Netflix had also not yet developed its on-demand video service.

Nowadays, these companies are powerful and even dominant stakeholders in their respective sectors. Therefore, we must question whether or not the no liability dispensation regime on which they rely ought to be maintained.

Thirdly, internet technical service providers have won market shares to the detriment of traditional cultural programme distributors, such as television channels and film distributors, and they reduce the value of the programmes produced by these operators.

In this respect, it is significant that, considering that online video platforms have become an entirely separate medium, the Canal + Group has recently entered into an agreement with YouTube to broadcast its free programmes on special YouTube channels.

And yet, the publishers and distributors (particularly the Canal + and TF1 Groups in the film industry), together with the Government, are the main funders of artistic creations, by way of their co-production obligations and taxes assigned to funding creative works.

As regards co-production obligations, Canal + must devote at least 12.5% of its resources every year to acquiring broadcasting rights for European cinematographic works, including a minimum of 9.5% for acquiring the broadcasting rights to original French language cinematographic works, and 4.8% of its resources to producing European or original French language audiovisual works²².

Free-to-air channels that broadcast over 52 films per year must set aside at least 3.2% of their turnover for the production of European cinematographic works, including at least 2.5% for the production of original French language cinematographic works²³.

Therefore, in 2012, the television channels were the main funders of French initiative films, with contributions of approximately 340 million euros or 32% of total contributions, 186 million euros of which was provided by Canal +²⁴.

Regarding funding through tax revenue, this is also key to the film industry through the Centre national de la cinématographie et de l'image animée [National Centre for Cinematography and the Moving Image] support account.

As regards contributing to the latter stages of the creative process, several taxes fund the film industry²⁵, the main ones being the cinema admission tax²⁶ (138 million euros in 2012), the tax

²¹ Consult the study conducted for the Fédération française des télécommunications [French Telecommunications Federation], L'Economie des télécoms, [The Telecoms economy] October 2012, relating to the 2006-2011 period.

²² See Articles 35 and 40 of Decree no. 2010-747 of 2 July 2010 relating to television services' contribution to production of cinematographic and audiovisual works broadcast through terrestrial channels.

²³ See Article 3 of the above-mentioned Decree of 2 July 2010.

²⁴ See the report by the Inspection générale des finances [Inspectorate General of Finance] and the inspection générale des affaires culturelles [Inspectorate General of Cultural Affairs], L'apport de la culture à l'économie en France [The contribution of culture to the French economy] December 2013, section II, p. 29.

on the sale and rental of videograms²⁷ (31 million euros in 2012), and, above all, the tax on television services²⁸, paid by both broadcasters (television channels: 295 million euros in 2012) and distributors of these services (particularly internet service providers and mobile phone operators: 229 million euros in 2012).

And yet, the tax on television services paid by broadcasters is primarily assessed on advertising resources and income on premium rates calls and text messages linked to the broadcasting of televised programmes.

Thus, any reduction in the audience or turnover of the television channels and any decrease in cinema admissions have an impact on the funding of creative works.

Support for cultural creative work is therefore under threat by the increasing power of online communication service providers, who do not have any involvement at all in the funding of the cultural policy, and who capture an increasing share of the advertising market.

This is why, in September 2013, the Conseil supérieur de l'audiovisuel [High Audiovisual Council] stated that as video sharing platforms occupied a role similar to that of a broadcaster, they should be subject to the same creative work funding obligations as other video or television service broadcasters²⁹.

Changes to the cultural economy and their impact on the funding of creative work provide grounds for a re-examination of the legal regime governing internet technical service providers.

1.2.3. Harmonisation and a reduction of copyright protection do not seem appropriate

The objectives highlighted by the European Commission's communication of increased harmonisation and a relaxation of copyright protection are questionable.

Firstly, increased harmonisation of European copyright rules does not appear to be a priority.

In regard to territorial application, the need for additional harmonisation has not been documented.

On the one hand, many cultural goods are still currently created for a particular country and require adaptation (e.g. translation) in order to be marketed in other Member States.

On the other hand, multi-territory licences are currently granted for the online exploitation of copyright works, without appearing to undermine the smooth running of the internal market.

Room for manoeuvre for the Member States has been incorporated into the exceptions for their transposition into internal law.

Indeed, case law states that if the exceptions and limitations constitute dispensations from the general rule of copyright protection, and must therefore be rigorously interpreted, the Member States that decide to transpose such exceptions or limitations into national law must guarantee

²⁵ See Appendix 8, Culture, creation, transfer of knowledge and the democratisation of culture, in the report by the Commission des finances [Finance Committee] regarding the finance bill for 2014

²⁶ See Articles L. 115-1 to L. 115-5 of the French Film and Moving Image Code [*code du cinéma et de l'image animée*].

²⁷ See Article L. 116-1 of the French Film and Moving Image Code [*code du cinéma et de l'image animée*], and Article 1609oB of the French General Tax Code [*code général des impôts*].

²⁸ See Articles L. 115-6 to L. 115-13 of the French Film and Moving Image Code [*code du cinéma et de l'image animée*].

²⁹ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Response to the European Commission public consultation on the Green Paper: "Preparing for a Fully Converged Audiovisual World: Growth, Creation and Value".

their effectiveness and comply with their purpose, which is to "maintain a fair balance between the rights and interests of authors on the one hand, and users of copyright works on the other hand"³⁰.

Thus, on the basis of the harmonisation of legislation in the Member States, the Court of Justice of the European Union seems to set a minimum level for the implementation of an exception.

Beyond this, although the idea of differential treatment of exceptions and the plan to make several of them (and no longer only the temporary technical copy exception set out by Article 5 (1) of the Directive) mandatory has some merit, the need to question their optional nature as a whole has not been proven.

Indeed, the list of exceptions appearing in Article 5 of the Directive corresponds to a list of requests or national traditions expressed during negotiations prior to the adoption of the Directive. Therefore, they do not each respond to a need in all Member States.

Secondly, it is not the right time to reduce copyright protection.

On the one hand, in the current economic climate characterised by the transfer of value to online communication service providers, reducing the scope of exclusive rights would put rights holders in an even more vulnerable situation.

Subsequently, as addressed previously, the strong demands from certain user categories – particularly libraries and the areas of research and education – cannot be welcomed with open arms.

On the other hand and more generally, the cultural economy has been identified as the sector of the future for Europe and France.

A recent report³¹ concluded that in France, cultural activities represent an added value of 57.8 billion euros or 3.2% of total added value, in other words the equivalent of agriculture and the food industry, or seven times the added value of the automobile industry.

Moreover, certain cultural sectors have strong knock-on effects on the rest of the economy. This is particularly the case for the audiovisual sector, for which intermediary non-cultural consumption represents 66% and 58% of the total production value³².

Finally, content industries are less sensitive to labour costs, and the European countries hold stronger positions in these industries than in consumer goods or capital goods industries. Thus, seven of the ten largest publishing groups worldwide are European.

And yet the cultural economy will only prosper if creators can see that they will be paid for their creative works, and if investors can see that they will receive a return on their investments, which implies the need to uphold an effective level of copyright protection.

Therefore, the revision of Directive 2001/29/EC alone towards a relaxation of the level of copyright protection does not appear to meet the challenges currently faced by the cultural economy.

³⁰ See CJEU, 4 October 2011, Football Association Premier League, case C-403/08 and C-429/08, paras 162 to 164 and 1st December 2011, Painer, case C-145/10, paras 132 to 134.

³¹ Report of the inspection générale des finances and the inspection générale des affaires culturelles, *op. cit.*, p. 1.

³² *Ibid.*, p. 8.

1.3. The European legal copyright framework should only be re-examined in a comprehensive and balanced manner

A revision of the European legal copyright framework is only justified if it is comprehensive and combined with a strengthening of the guarantees provided to creators.

1.3.1. The revision of the European legal copyright framework must be comprehensive

First of all, as set out above, the revision of Directive 2001/29/EC must be accompanied by a revision of Directive 2000/31/EC, or at the very least a re-examination of the legal regime for internet technical service providers.

Incidentally, recital 16 of Directive 2001/29/EC³³ makes the link between the two texts.

Directive 2001/29/EC should lay down provisions related to the legal regime of technical internet service providers, insofar as they perform or contribute to the performance of acts to which authors' exclusive rights are applied.

Secondly, the revision of Directive 2001/29/EC should also provide an opportunity to strengthen the effectiveness of copyright law.

And yet, although Article 8 of the Directive entrusts Member States with setting out sanctions and appeal procedures against infringements of copyright and related rights, it is Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 which contains the measures, procedures and compensation required to ensure that these rights are complied with, stating in particular that Member States are responsible for ensuring that legal authorities can issue interlocutory injunctions or order the seizure or delivery up of the goods in the event of an imminent infringement of a right protected by Directive 2001/29/EC.

Therefore, the revision of Directive 2001/29/EC should go hand in hand with a revision of Directive 2004/48/EC.

Thirdly, the revision of Directive 2001/29/EC should serve as an opportunity to end the successive build-up of legislation on copyright and related rights, which makes the legislation as a whole difficult to understand, and to work on a consolidation of the European rules in this area.

1.3.2. The revision of the European legal framework should move towards consolidation of copyright protection

The cultural sector has an increasing role in European economies, and investments in the production of cultural works are becoming more and more costly.

³³ "Liability for activities in the network environment concerns not only copyright and related rights but also other areas, such as defamation, misleading advertising, or infringement of trademarks, and is addressed horizontally in Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the internal market, which clarifies and harmonises various legal issues relating to information society services including electronic commerce. This Directive should be implemented within a timescale similar to that for the implementation of the Directive on electronic commerce, since that Directive provides a harmonised framework of principles and provisions relevant inter alia to important parts of this Directive. This Directive is without prejudice to provisions relating to liability in that Directive."

Subsequently, it is important to ensure that creators receive fair remuneration for their works, and that investors receive guarantees that the productions that they are funding will not be pirated or counterfeited.

Thus, given that it enables a balance to be maintained between authors' interests and user access to copyright works, copyright law has lost none of its effectiveness or relevance.

The revision of the European legal framework should therefore set itself the objective not of relaxing copyright protection, but rather of consolidating it, so that the potential offered by digital technologies doesn't shut down the production of copyright works.

Consequently, reflection conducted at a European level should not lead to a longer or adapted list of copyright exceptions, but rather to the consolidation of the scope of exclusive rights, a reduction in the number of exceptions and the promotion of contractual tools enabling right holders to grant exploitation of the rights that they hold under conditions that promote the distribution of intellectual works.

2. Although improvements may be suggested to update Directive 2001/29/EC, the content of the protection should be upheld

Considering the content of protection involves, from a positive viewpoint, setting out the scope of economic rights, and from a negative viewpoint, understanding the exceptions to economic rights. Some shortcomings have clearly come to light regarding these various issues. When the European judge sometimes intended to remedy this by interpreting the legislation, it gave rise to uncertainties and even concerns. This is particularly the case when the interpretation, which has 'retroactive' effects, is *contra legem*.

Finally, the content of the protection cannot overlook the issue of territorial application, which is instrumental in setting out the monopoly's borders, as some consider the territorial application of rights to be a hindrance to the single market.

In addition, some parties maintain that the Commission should intervene to clarify the legal concepts without which the single market could not survive. The mission has adopted a more considered stance on these issues.

Thus, upholding copyright protection can be examined in the areas of patrimonial rights (2.1), exceptions to patrimonial rights (2.2) and territorial application (2.3).

2.1. Economic rights must be upheld whilst maintaining the monopoly structure

The debates organised in the context of the mission revealed the great dissatisfaction of the various stakeholders when it comes to determining the content of the protection granted. The main complaints are levelled at the Court of Justice of the European Union case law, which seems to take liberties both with the international legislation and the European legislation itself (2.1.1.). For all that, this deep dissatisfaction with the current situation does not necessarily mean that there is a demand for a thorough overhaul of Articles 2, 3 and 4 of Directive 2001/29/EC (which is at the source of the CJEU's interpretations): such is the fear that any reopening of the Directive could result in a lowering of the level of protection. This fear is less prominent when another piece of European legislation is addressed which deals

with patrimonial rights: Directive 2011/77 of 27 September 2011 regarding the term of protection for certain related rights (2.1.2.).

2.1.1. The monopoly's boundaries need to be clarified

The legal definition of a monopoly (2.1.1.1.) appears to be very unclear and lends itself to legal uncertainty, giving rise to proposals for potential limited changes (2.1.1.2.). The mission will form general proposals based on these considerations (2.1.1.3.).

2.1.1.1 The legal definition of a monopoly

Directive 2001/29/EC has opted for an holistic approach to the exploitation monopoly, distinguishing in its Articles 2, 3 and 4 the reproduction right, the communication to the public right (or making available to the public right) and the distribution right. The main prerogatives, i.e. the reproduction right and the communication to the public right, are defined broadly, and largely reiterate the WIPO treaties of 20 December 1996.

Article 2

Reproduction right

Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:

- (a) for authors, of their works;*
- (b) for performers, of fixations of their performances;*
- (c) for phonogram producers, of their phonograms;*
- (d) for the producers of the first fixations of films, in respect of the original and copies of their films;*
- (e) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether those broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.*

Article 3

Right of communication to the public of works and right of making available to the public other subject-matter

1. Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them.

2. Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit the making available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them:

- (a) for performers, of fixations of their performances;*
- (b) for phonogram producers, of their phonograms;*
- (c) for the producers of the first fixations of films, of the original and copies of their films;*

(d) for broadcasting organisations, of fixations of their broadcasts, whether these broadcasts are transmitted by wire or over the air, including by cable or satellite.

3. The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article.

Article 4

Distribution right

1. Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise.

2. The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent.

The harmonisation performed by Directive 2001/29/EC does not directly affect the application of national prerogatives. Indeed, insofar as the objective is the information society, it only covers cross-border acts of exploitation.

It appears however that this factor is often overlooked, and that the CJEU had been able to fashion the Directive into 'ordinary law' for literary and artistic property, irrespective of any concept of cross-border relations³⁴.

It is also important to fully grasp the definitions of the European prerogatives, if it is to be considered that the monopoly depends at least partially on them. Indeed the adopted technique of using broad and abstract definitions, although having the benefit of enabling legal adaptability, also has the disadvantage of causing legal uncertainty.

2.1.1.2 Potential changes

Faced with changing techniques and uses, and with an abundant body of case law that is sometimes open to criticism, the European legislator appears to be aware of the need to act (as expressed on several occasions), and may wish to outline its *own* policy, thus providing stakeholders with a guarantee of legal certainty that is crucial for economic forecasts. Indeed, it is important that the stakeholders have a precise awareness of the monopoly's boundaries. To this end, the European legislator may clarify or update the definitions of prerogatives. The intervention of the legislator is all the more important as under current case law, the exploitation monopoly is outlined on a case-by-case basis, at the whim of case law linked to particular scenarios.

Different areas of reflection may be explored, including the merging of prerogatives, which appears to no longer be relevant, and that of the exact conditions for applying the rule of the exhaustion of the distribution right, and finally the current definition of the communication to the public right.

³⁴ See CJEU, 22 December 2010, case C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany*, point 44: "it is appropriate to ascertain whether the graphic user interface of a computer program can be protected by the ordinary law of copyright by virtue of Directive 2001/29."

Regarding the merging of prerogatives

None of the parties declared themselves in favour of a sole prerogative, so that one act can be understood as an indivisible whole. This proposal is based on the observation that the use of works online necessarily requires both reproduction and representation. The underlying concept is undoubtedly to create a single entry point. This merging of rights may, at first glance, appear to simplify the online use of works. However in reality, it will not prevent the author from dividing his/her rights, and therefore requiring potential users to contact different holders. Indeed, it would constitute a radical rethinking of the French vision of the monopoly. Finally, the priority is undoubtedly being able to better link the prerogatives rather than implementing a merger.

Thus, the mission does not wish to pursue this path.

Regarding the non-exhaustion of the distribution right

In a judgment of 3 July 2012³⁵, the CJEU decided, against the recommendations of governments that had submitted observations to it and that of the European Commission, that the principle of the exhaustion of the distribution right applies even if software is sold online and not through physical methods. The result is that a software creator cannot challenge the second-hand 'resale' of its licences, enabling use of its programs downloaded through the internet.

The solution chosen is surprising insofar as the distribution right was clearly linked to the existence of a material copy. We ought to reiterate recital 29 of Directive 2001/29/EC, which confirms that the "*question of exhaustion does not arise in the case of services and on-line services in particular.*"

Of course, this particular case related to software, and therefore the thinking was based on Directive 2009/24/EC which is specific to the legal protection of computer programs. And yet, should the concepts used in Directives 2001/29/EC and 2009/24/EC not in principle have the same meaning? Consistency dictates that this should be the case. However, according to the CJEU, Directive 2009/24/EC constitutes a *lex specialis* in relation to Directive 2001/29/EC, and the EU legislator's intention was clearly to assimilate material and intangible copies of a computer program for the purposes of the protection set out by Directive 2009/24/EC. On this point, the Court cited the principle of effectiveness to support the theory behind its thinking.

In view of the *Usedsoft* judgment, many rights holders deem that it would be wise in this case to reiterate the non-exhaustion of the distribution right when the work is not incorporated into a material format.

The mission suggests that the European Commission should clearly confirm the content of the rule. This confirmation could for example be incorporated in a recital. Admittedly the recitals, in principle, do not have prescriptive value, but we know that the Court uses them to enlighten its interpretation of the provisions.

This clarification would guarantee a certain predictability, and therefore uphold legal certainty by cutting out any alternative interpretation by the Court of Justice. Particularly as the reference to the "sale of an intangible copy" in the *Usedsoft* judgment could open the floodgates to extending online supply to all works, including literary works! Furthermore, in the mind of the European (and worldwide) legislator, does software not constitute a literary work? One might also be concerned that the *Usedsoft* solution could be extended to video games, whereas in reality the latter constitute complex creative works which incorporate components subject to *lex specialis* together with other components subject to ordinary law

³⁵ See CJEU, 3 July 2012, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*, case C-128/11.

and copyright. And why not also add audiovisual and musical works, to the great displeasure of their producers?

There is no need to elaborate this point any further, and the work of the High Council for Literary and Artistic Property on the secondary markets for digital works should be referred to here.

Regarding the communication to the public right

The communication to the public right is the area for which the CJEU has been the most referred to in recent years. It must be noted that the Directive legislation offers little clarification on the conditions under which the prerogative is applied. It must also be noted that new methods for the delivery of works to the public, such as access options, have multiplied, sometimes leaving the legislator or national judge disorientated faced with the complexity of the situations that arise.

The result is not the most consistent, with the Court creating a patchwork scene which makes it difficult to trace the guiding principles of the interpretation. In addition, if the Commission deems it necessary to reopen Directive 2001/29/EC it may be useful to clarify the criteria of this prerogative.

Taking into account what is positive law today, the general view is that the prerogative must be characterized by the communication of a work to be used by a public.

Regarding the primary condition, on several occasions the CJEU has reaffirmed its wish to see the notion of 'communication to the public', which has no exhaustive definition, understood in a broad sense in accordance with recital 23 of Directive 2001/29/EC³⁶.

The Court applied this guiding principle in confirming that the retransmission of a terrestrial television broadcast over the internet, which used a specific technical method (internet retransmission of a TV stream to the same subscribers of a particular channel), was different to that of the initial communication, and should therefore be defined as a 'communication' as defined by Directive 2001/29/EC, requiring new authorisation from the authors of the retransmitted works when these were thereby communicated to the public³⁷.

Similarly, the CJEU applied the same rationale to the installation of television sets in clients' bedrooms at a spa establishment³⁸. True to its case law on hotel rooms³⁹, the Court considered that an act of communication is characterised "*when the operator of a spa establishment, such as that at issue in the main proceedings, gives its patients access to the broadcast works via television or radio sets by distributing in the patients' rooms the signal carrying the protected works*" (point 24). In addition, the technical resource or process used is of little importance⁴⁰.

Yet for the monopoly to be properly applied, the acts have to be directed at a public.

The various rulings indicate that the notion of 'public' covers an unspecified number of potential recipients, and must involve quite a considerable number of people. The *ITV Broadcasting* judgment also stipulates that it is of little relevance if the potential recipients access the communicated works through a one-to-one connection, and that the profit-making nature of the act carried out is not a determining factor in qualifying it as a retransmission. It therefore does not consider the fact that the retransmission, such as that at issue in the main

³⁶ See CJEU, 7 December 2006, SGAE, case C-306/05, CJEU, 4 October 2011, Football Association Premier League, case C-403/08 and C-429/08 and CJEU, 13 February 2014, Svensson, case C-466/12.

³⁷ See CJEU, 7 March 2013, ITV Broadcasting e.a., case C-607/11.

³⁸ See CJEU, 27 February 2014, OSA, case C-351/12.

³⁹ See CJEU, 15 March 2012, Phonographic Performance (Ireland), case C-162/10.

⁴⁰ See the above-mentioned Football Association Premier League e.a judgment

proceedings, is funded by advertising. Moreover, the *OSA* judgment clarifies the issue of links with *Del Corso* case law⁴¹. The latter case exempted a dentist from paying royalties for broadcasting phonograms in his surgery. More specifically, based on the non-profit-making nature of the communication to the public, the Court limited this exemption to a right to remuneration (fair remuneration applicable in the area of rights related to the broadcasting of phonograms as set out by Article 8 (2) of Directive 92/100). Please also note that this condition does not apply where there is an exclusive right.

But, according to the CJEU, the condition of public is not exhausted without referring to the requirement for a 'new' public, yet it is not clear whether or not this sub-criterion is essential.

For many observers, CJEU case law has two flaws in this area. Firstly, it is contorted and therefore difficult to explain (if indeed one is able to comprehend it!). Secondly, it appears to be *contra legem*. In other words, as a whole it appears to be unpredictable, and therefore contradicts the requirement of predictability that one is entitled to expect from a legal system.

The requirement of a 'new public' is introduced in the *Svensson* judgment on hyperlinks, and is even referred to as 'established case law'. Admittedly, it does reappear in the *SGAE*, *Premier League* and *Airfield* cases. Yet in the scenario of the internet retransmission of a TV stream to the same subscribers of a particular channel, the CJEU deemed that it was of little relevance that the potential recipients did not constitute a 'new public'. In other words, the requirement is not imposed if the competing transmissions are made under specific technical conditions, following a different method of transmitting copyright works, with each work directed at the public. This is undoubtedly because the public is therefore inevitably 'new'.

Yet the situation becomes more complex when, as in the judgment issued in relation to the installation of television sets in the bedrooms of a spa establishment, the CJEU on the contrary opts to enforce copyright rules: "*it is also necessary for the work broadcast to be transmitted to a new public, that is to say, to a public which was not taken into account by the authors of the protected works when they authorised their use by the communication to the original public*" (paragraph 31). Does this mean that the requirement will lead to an exemption? This is not the case here, as the Court adds another element of complexity. In paragraph 32, it indicates that, naturally, "*the patients of a spa establishment constitute such a new public*". Duly noted. The reasoning provided is based on the fact that the establishment "*is the organisation which intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to the protected work to its patients*". *In the absence of that intervention, its patients would not, in principle, be able to enjoy the broadcast work*". We determine that, in reality, it is the existence of an act of "*intentional distribution of a signal*" which, in this case, enables a "*communication to the public*" to be defined in the sense of Article 3 (1) of Directive 2001/29/EC. In truth, even the most systematic of analysts would doubt their understanding of the overall consistency. Until this ruling was made, it was assumed that the new public requirement was only needed when the two successive methods of communication to the public were identical. But is this always the case?

According to a considerable number of experts, the case law also exhibits another flaw. It adds the condition of a 'new public' which neither European nor international legislation require. In this respect, we note the extremely critical stance of the International Literary and Artistic Association (ALAI⁴²), which in September 2014 in Brussels, adopted a very critical resolution⁴³ as regards the case law structure of the Court of Justice of the European Union.

⁴¹ See CJEU, 15 March 2012, *Del Corso*, case C-135/10.

⁴² See www.alai.org.

⁴³ See <http://www.alai.org/assets/files/resolutions/2014-avis-public-nouveau.pdf>.

Due to the very prominent reputation of the Association (indirectly involved with drafting the Berne Convention) and the quality of the case made, we have cited a summary of the reasoning⁴⁴ put forward on this issue:

On 13 February 2014, the CJEU rendered, in the Svensson case 1 , a milestone decision about the question of whether hyperlinking to subject matter which is protected by copyright requires the permission of the rightholder. On the occasion of this case, the present Opinion comments on various criteria developed by the Court in respect of communication to the public, whilst building, in relevant parts, on the statement ALAI submitted, preceding the decision, in its Opinion of 15 September 2013⁴⁵. In Svensson, the CJEU ruled on the question

“whether Article 3(1) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that the provision, on a website, of clickable links to protected works available on another website constitutes an act of communication to the public as referred to in that provision, where, on that other site, the works concerned are freely accessible.”

The CJEU considered that the concept of communication to the public includes two cumulative criteria, namely, an ‘act of communication’ of a work and the communication of that work to a ‘public’⁴⁶. While the CJEU in Svensson gave a correct and positive response to the basic question of whether hyperlinking is (interactive) making available/ communication - a position enunciated in the aforementioned statement of ALAI’s Opinion of 15 September 2013 - the CJEU has in the very same decision, as to the question of whether that act concerns a communication to ‘the public’, confirmed a number of other recent decisions in which it introduced a problematic “new public” criterion, qualified by, inter alia, an equally problematic new “specific technical means” criterion.

The “new public” criterion developed in the CJEU’s case law construing the exclusive right of communication to the public⁴⁷ is in conflict with international treaties and EU directives. Initially articulated in the offline environment to justify application of the right of communication to the public to certain retransmissions of television broadcasts, the criterion, as also subsequently applied by the court, is inconsistent with the communication to the public right of the Berne Convention and the WIPO Copyright Treaty et al., as well as with provisions of the 2001 Information Society Directive. As applied in Svensson, the “new public” criterion has the effect of inappropriate exhaustion of the exclusive right of communication to the public of works which their authors or other rightowners have made available over generally accessible websites. Moreover, to the extent that Svensson indicates that the “new public” criterion will not apply if restrictions accompany the work’s making available, the decision risks establishing an obligation to reserve rights or protect works etc. by technical protection measures, in violation of the Berne Convention’s prohibition of formalities that condition the exercise of exclusive rights.

In conclusion, the application of the “new public” criterion in the Svensson decision is contrary to

- *Articles 11(1)(ii), 11bis(1), 11ter(1)(ii), 14(1) and 14bis(1) of the Berne Convention*
- *Article 8 of the WCT*

⁴⁴ See the full reasoning in Appendix 4.

⁴⁵ ALAI 15 September 2013, Report on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the internet, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>; also published in (2014) 36(3) EIPR 149, and in NIR Nordiskt Immaterialt Rättsskydd 5/2013 pp 512 et seq.

⁴⁶ In par. 16, quoting earlier jurisprudence in Case C-607/11 ITV Broadcasting and Others [2013] ECR, paragraphs 21 and 31.

⁴⁷ Case C-306/05, SGAE; Case C-135/10, Del Corso; Case C-607/11, TVCatchup.

- *Articles 2, 10, 14 and 15 of the WPPT*
- *Article 3 of the EU Information Society Directive*
- *previous CJEU decisions and*
- *interpretation rules of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.*

The Svensson decision is also based on the misinterpretation of the old (1978) Guide to the Berne Convention.

It may lead to a WTO dispute settlement procedure and liability under the TRIPS Agreement for its inconsistency with the Berne Convention.

Insofar as the Svensson decision may have been inspired by apprehensions that a different result might have impeded on the optimal development of digital communication, this is a misconception. There are other, better, means than those pursued by the CJEU in Svensson to preserve the role of hyperlinks in the basic functioning of the Internet without violating or misinterpreting fundamental international copyright norms.

ALAI is determined to participate in a constructive dialogue by submitting, in the near future, its views on how new means of communication can be fostered without emptying and exhausting the sources of creativity.

These criticisms show that the solutions provided by the CJEU are both unfounded and unstable. And yet, this situation is all the more concerning given that the effects of the case law are retroactive, since the solution, which is in actual fact a new one, must be applied by the various stakeholders from the deadline set by the Directive for its transposition, pursuant to the idea that the interpretation provided communicates the sense of the original provision.

And when adding yet another complaint about the chosen structure, i.e. the accusation of a solution that is little suited to the situation in question, we can determine its incompatibility with current positive law.

Nevertheless, the widely acknowledged advantage of the adopted solution lies in the fact that it avoids two extremes: one ("*copyright applies to any creation of a link*"), which would require all links to be subject to copyright, paralysing the network which depends on a web of interweaving links; and the other ("*copyright is not applied when a link is created*"), which would call for a total absence of control under literary and artistic property rights, and the total ineffectiveness of copyright on digital networks.

But at what price? To find the answer we should simply put ourselves firstly in the shoes of the rights holders, followed by the websites in questions and link creators.

For the rights holders, the solution chosen in the *Svensson* judgment is unfortunate in that it enables third parties to capture the value represented by the appeal of copyright works through literary and artistic property rights, without providing compensation.

A creator of a database of links rendered lawful by the *Svensson* solution, released from any obligation to seek authorisation, can easily monetize the success of their database through banner ads, even though the rights holders are not financially linked to this company.

The website in question, which has made the effort to negotiate with and acquire rights from the rights holders, and finds itself in direct 'competition' with a link creator who is in no way subject to the same constraints.

Both of these cases exhibit clear signs of certain forms of parasitism. Yet paradoxically, link creators are not in an entirely ideal situation either as they have to be extremely aware of the status of the sites to which they are directing internet users. There is great uncertainty over a

number of temporary situations. A website that is illegal from the outset is prohibited, but what about links that point to a 'mixed' site which combines authorised creations with unauthorised works? And it should be noted that even if they manage to clarify the situation on the day on which the link is created (which is far from straightforward), this is entirely dependent on changes to the situation of the site in question as regards the authorisation granted by rights holders. And yet, it is possible that the same situation could be subject to change, for example if the original authorisation expires. If the link creator does not stay up-to-date on the exact content of the contractual terms for the site in question, they may find themselves branded a copyright infringer. This is not to say that we should not expect the link creator to attempt to assess the current situation, but rather an observation that the search for a more straightforward legal solution (particularly through a comprehensive approach regardless of the variety of link formats) has not really paid off.

Even greater unpredictability and complete uncertainty are rife in this area, causing many parties to call for the European Commission to rein in the issue. This is also the stance adopted by the draft White Paper of July 2014 (which in the end was never made official). Yet the Court has re-used exactly the same solution, incidentally ruling in the through an order in simplified form, in a judgment dated 21 October 2014⁴⁸. According to the Court, "*the sole fact that a protected work which is freely available on an Internet site is embedded in another website through a hyperlink using "framing" technology, such as that used in the main proceedings, cannot be classified as 'a communication to the public' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29/EC, as the work in question is neither transmitted to a new public nor communicated using specific technical means which differ from that of the original communication?*" (para. 19).

Given the clear conflict between European law and international law standards, and in the light of the legal uncertainty generated by current case law, the mission recommends that the Commission clarify its position on the notion of a 'new public'.

2.1.1.3 General proposals: Maintain the structure and clarify certain rules

It follows from the above considerations that the Court of Justice has taken liberties with the legislation and outlook of Directive 2001/29/EC.

More bewildering still is the observation that, due to a fear that the desired clarification by the Commission and the Parliament will lead to a lowering of the level of protection, many rights holders claim to prefer the inadequate solutions arising from the judgments of the Court of Justice of the European Union to the risk of finally seeing the solutions clarified, but with a lower level of protection.

However, the fear is that the bold nature of the case law will cause some Member States and perhaps the Commission to request that the monopoly's precise boundaries are set out. Indeed, it is clear that the current provisions do not allow situations to be assessed directly, but instead require a judge's interpretation, which is a source of legal uncertainty.

For all that, the re-writing of the monopoly in order to make it clearer, which could result in an analytic vision, is not the path to follow, neither in terms of substance nor methodology.

Firstly as regards substance, it is feared that clarification may lead to a weakening of protection, both of range and scope.

Secondly as regards methodology, opting for a clarification would equate to the adoption of an analytical view of the monopoly, a concept that is unknown in the French vision of copyright as expressed by the French Intellectual Property Code. Indeed, national law has

⁴⁸ See CJEU, 21 October 2014, BestWater International, case C-348/13.

opted for an holistic and open vision of the monopoly, with all acts of exploitation being assessed in accordance with two categorical prerogatives. There is no need to prove the benefits of such a structure and its associated legislative techniques (abstract definitions, example technique), as French law has shown flexibility in the past. And one should not forget that this move towards more detail will not necessarily result in a reduction of the CJEU's power or an increase in the national judge's room for manoeuvre. Moreover, returning to methodology, a broad comprehension of the monopoly carries the same strong message when it is combined with an analytical comprehension of the exceptions: the right holder is given broad protection which can be stripped down in specific cases. In addition, it is debatable as to whether an analytical approach guarantees the necessary legal certainty, while maintaining flexibility and the message of protection underpinned by the system.

However, the mission believes that the Commission would be best advised to take steps towards reaffirming the content of certain rules, particularly the non-exhaustion of the distribution right where there is no material copy of the work, together with the requirements and where relevant the boundaries of the condition of a 'new public' in the area of the communication to the public right.

2.1.2. The term of protection of certain rights related to copyright must be considered

Some of the contributors drew the mission's attention to the issue of an imbalance resulting from a non-harmonised series of legislative texts. Indeed, Directive 2011/77 of 27 September 2011 modified the term of related rights for producers and performers, as detailed respectively in Directives 2001/29 of 22 May 2001 and 2006/116 of 12 December 2006, arriving at different solutions depending on the holder. This is not a question of making a judgement on the merits of increasing the term of protection for audio recordings, but rather noting the consequences arising from it, which have no rational explanation. There is now an imbalance between holders of rights related to the audio environment and holders of rights related to the audiovisual environment, to the detriment of the latter. In simple terms, holders of rights related to the audiovisual environment have their rights protected for twenty years less than those of producers of phonograms and performers whose services are fixed on phonograms.

The solution came as rather a surprise to a number of professionals from the cultural sector, and particularly those directly involved in the secondary market for audiovisual and sound archives. Amongst them was the Institut national de l'audiovisuel in France, (INA - National Audiovisual Institute - is a public industrial and commercial institution whose primary task is to archive audiovisual productions as well as producing, publishing and granting access to audiovisual and multimedia content aimed at all audiences, both professionals and individuals, and for all screen sizes). For the latter, the difference in solutions has no true justification and leads to absurd situations.

Thus according to the INA, if the fact that some performers are living longer is grounds for increasing their term of protection, why should this be restricted to the music industry? Given that these issues affect all sectors in which performers work, why restrict the new solution? The difficulties that many performers face towards the end of their lives affect them indiscriminately, regardless of the area in which they work. How can such an imbalance be justified when the Union is welcoming the adoption of the Beijing Treaty of 26 June 2012, which brings improvements to the vulnerable situation of performers from the audiovisual sector? The disparity is no more logical if we look at the issue from the producers' point of view. Admittedly, the increased term of protection may have the positive consequence of enabling producers to invest the additional funds that they receive into the production of new

phonograms. But why restrict this effect, which has a positive effect on the promotion of new talent, to music producers only, when production costs for audiovisual programmes are often higher than those in the music industry and often carry more risks?

Of course, more often than not, the producer of an audiovisual work may also benefit from copyright, but in practice this does little to mitigate the effects of the imbalance described. It should also be reiterated again that firstly, the rights granted to producers are not always granted for the duration of the copyright monopoly, and secondly, that an exploitable sequence of moving images does not always constitute an audiovisual work.

Finally, the imbalance observed in the term of related rights can sometimes lead to absurd situations. How can one justify, for example, that the term of protection for producers' and performers' related rights to a soundtrack produced and performed for inclusion in a videogram is, according to current rules, longer than the producers' and performers' related rights to the videogram in which it is included?

A number of professionals in the sectors in question believe that a consistent EU policy therefore requires an alignment of the terms of protection.

It should however be noted that the majority of videogram producers are not in favour of such an alignment.

The mission recommends that thought should be given to the grounds on which such differences in treatment are based, as part of a general drive for consistency and improved links between the Directives.

2.2. Care must be taken when changing exceptions to the monopoly

Therein lies without doubt one of the most strategic points of a potential reopening of Directive 2001/29, as the European Commission seems convinced that the single market is under threat. This is also the area in which there are the most differences of opinion, as consumers demand more freedom while rights holders fear losing control of their copyright works or material due to the proliferation of limits to copyright and related rights.

During numerous individual and group meetings, the vast majority of rights holders expressed their sincere wish for no new exceptions to be created. That said, some stakeholders and consumers believe that some of the existing limits are out of sync with developments in uses, and therefore that some of them require adaptation. Moreover other commentators, although perhaps less keen on a reform of the substance of the legislation, have indicated that moves should be made towards harmonisation, undoubtedly by making some exceptions mandatory. Indeed the current situation, a product of Directive 2001/29 which proposes a lists of 21 exceptions, 20 of which are optional, is seen particularly by the Commission as a hindrance to the creation of a single market. Particularly as when an exception is used, it often has a different regime according to the Member State in which it is adopted. This has led some observers to support a reopening of the Directive based on the following observation: is it logical to leave the Court of Justice of the European Union to (retroactively) standardise the legal regime of exceptions used by Member States, even though the exceptions are the product of political, legal, sociological and economic mediation, and therefore this task should fall to people and institutions whose role require them to enact standards?

We have thus determined a variety of opinions expressed on this topic. And even though the majority of contributors to this mission believe in retaining the *status quo*, it should also be noted that the hearings gave rise to some questions that ought to be covered.

After the observations have been made (2.2.1.), some proposals will be put forward (2.2.2.).

2.2.1. The freedom given to Member States on the exceptions seems to be restricted due to the impact of case law

Firstly, it appears that the legislator's precautionary approach in the field of exceptions was deliberate (2.2.1.1.). The judge, however, did not feel bound by this approach, and the field is characterised by his/her interventionist approach (2.2.1.2.).

2.2.1.1 Legislator's precautionary approach

While stating that it is keen to acknowledge a high level of protection, Article 5 of Directive 2001/29 provides a list of 21 exceptions, only one of which is mandatory. The 1998 Directive proposal only contained nine exceptions, but the list was later extended. This extension is due not only to the Member States wishing to keep their national exceptions, but was also the consequence of lobbying by certain institutions.

The European legislator therefore chose to apply an analytical method to the exceptions which is comparable to the French method, yet the benefits of this choice are reduced by the optional nature of most of the exceptions.

The European legislator could also be accused of not having harmonised the field of exceptions.

This legislative precautionary approach is however deliberate. Indeed, although recital 32 indicates a wish to comply with national legal traditions, to some extent it also attests to the incomplete nature of this approach by requesting Member States to consistently apply the legislation (which suggests that it is not binding), and by announcing a future re-examination of the provision, doubtless because it has not been harmonised.

However, although the precautionary approach was politically intentional, the Court of Justice has taken on the role of filling in the gaps left by the legislator.

2.2.1.2 The judge's interventionist approach

The European judge's interventionist approach is particularly apparent in the area of exceptions. Once we have covered the framework of the judge's actions (2.2.1.2.1.), we will assess the consequences (2.2.1.2.2.).

2.2.1.2.1 The intervention framework

The European judge has decided to take up the legislative baton. In order to do so, he/she intervenes in any grey areas in order to add to, or even rewrite the standard, and then render its content mandatory. In fact, without considering the fact that the exception is optional, he/she communitises its implementation conditions, using interpretation methods with

perplexing hierarchy, links and logic. And yet, he/she works within a framework in order to partially comply with the path set out by the legislator.

The communitisation of the exceptions

The question here is, when a Member State decides to transpose into (or retain in) its national law one of the Directive's optional exceptions, whether the conditions related to the limit set out by the European Directive become mandatory, or if the Member State still has room for manoeuvre.

Firstly, it has always been evident that a Member State cannot use an exception that holds fewer requirements than the European legislation. That is to say, the exception cannot be broader than that proposed by the Directive.

But there is still a doubt over the reverse scenario: i.e. is it possible for a Member State to impose greater requirements to meet conditions that render the relevant use lawful? In other words, can a more restrictive exception be permitted? Following the adoption of the Directive, a number of Member States indicated that as they were free not to use an exception at all, they should be able to be less generous in the freedom that they granted to a user of a work. Moreover, recital 44 of Directive 2001/29 could be interpreted as an automatic authorisation of the above:

"(...) The provision of such exceptions or limitations by Member States should, in particular, duly reflect the increased economic impact that such exceptions or limitations may have in the context of the new electronic environment. Therefore, the scope of certain exceptions or limitations may have to be even more limited when it comes to certain new uses of copyright works and other subject-matter."

Indeed, it seems that the EU legislator's intention was to enable Member States providing for the exceptions or limitations set out by the Directive to restrict the scope of such exceptions or limitations for some new uses of works protected by copyright or other copyright material. Moreover, the three-step test can certainly be interpreted as such.

Yet this does not to be the stance of the Court of Justice of the European Union, which in its *Eva-Maria Painer* judgment⁴⁹ appears to believe that when the exception is taken up by national law, Member States no longer have the option to be more protective of the interests of authors or holders of related rights than the European legislation. In particular, in the aforementioned ruling, the judges deemed that in the name of the effectiveness of the quotation exception and the need to comply with its purpose, the quotation did not have to be included in a quoting work, a condition that was however imposed by many States including France. Similarly, when called on to give a ruling on the condition of a lawful source as regards private copying⁵⁰, the CJEU clearly highlighted the link between the choice of exception and its content:

"It follows that the Member States have the option of introducing the different exceptions provided for in Article 5 of that directive, in accordance with their legal traditions, but that, once they have made the choice of introducing a certain exception, it must be applied coherently, so that it cannot undermine the objectives which Directive 2001/29 pursues with the aim of ensuring the proper functioning of the internal market." (para. 34).

In addition, should the content of the exception be deemed to be 'communitised' as soon as the State has decided to use the exception?

⁴⁹ See CJEU, 1st December 2011, *Eva-Maria Painer*, case C-145/10.

⁵⁰ See CJEU, 10 April 2014, *ACI Adam*, case C-435/12.

The Court seems to apply various interpretation methods in order to provide regulatory content for the exceptions.

Methods

The CJEU favours a 'dynamic' interpretation that is based on a teleological method, guided by the objective of the standard and its purposes. This approach, which grants it a certain freedom in relation to the legislation, aims to achieve its primary goal of a single market.

In order to do so, the Court implements the following interpretation principles⁵¹: the principle of a strict interpretation of the exemption clauses, the principle of effectiveness, the proportionality or fair balance principle, the principle of the unity and consistency of the Community *acquis*, and the autonomous concept of EU law.

Its rationale is therefore based on one or several of these principles, giving the impression that its reasoning is thorough, but without giving any indication of the grounds for its choice.

Thus for example, it was in the name of effectiveness that the Court of Justice decided that the exception for short quotations did not require the existence of a quoting work. One might also question whether the solution would have been different if the Court had, for example, implemented the principle of strict interpretation, with the exceptions deviating from the monopoly principle rather than the principle of effectiveness. And yet this is still in doubt, given that in a judgment from 3 September this year⁵², issued by the Grand Chamber and regarding the parody exception, the Court raises the autonomous concept of EU law, while making reference to the strict interpretation of the exceptions and the principle of effectiveness.

Even the most shrewd observer would struggle to anticipate a solution based solely on the interpretation principles implemented!

Limits

However, the patent freedom that the CJEU grants itself for interpretation has some limits, which it has undoubtedly taken both from the legislation and the general outlook of the Directive. Thus, the Court also works within a framework that requires it to comply more closely with the general concept imposed by the legislator. Such restraint has been cited to confirm the idea of a closed list of exceptions. Thus, not only has the Court rejected the creation of new exceptions through the three-step test, but it has also banned the reasoning by analogy that enables the scope of exemption to include conduct close to a known exception.

First of all, Court of Justice of the European Union case law attests to the current rejection of 'open' type solutions.

⁵¹ On these points, see V.-L. Benabou article 'Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes' (Looking back at ten years of Court of Justice of the European Union case law in the field of literary and artistic property: methods), PI Apr. 2012, p. 140 s.

⁵² See CJEU, 3 September 2014, Johan Deckmyn, case C-201/13.

Based on the legal writings of a section of legal theory⁵³ intending to use the three-step test set out by Article 5 (5) of the Directive to create a provision offering Member States the option of selecting exceptions other than those expressly set out by the European legislator under paragraphs 1 to 4, some campaigners have set to work on re-reading the European legislation, with the intention of favouring an interpretation which offers similar or even identical options to those provided by a fair use solution.

It is therefore of little surprise that a Czech referring court wished to know if the Directive's 'three-step test' could be read as granting Member States the option of using exceptions other than those expressly set out by the European legislator. On 27 February 2014⁵⁴, the Court responded that the three-step test which closes the European Directive provision on exceptions to literary and artistic property rights "*merely states the scope of the exceptions and limitations provided for in the paragraphs preceding Article 5(5)*".

The Court therefore rejects the alternative reading of the three-step test, and prohibits any interpretation of openness that would enable an exception to copyright to be asserted where the European legislator has not accepted it in the context of a specific scenario. The three-step test does not legislate for openness, since a use has no negative consequence for rights holders, but rather is central to the restrictive interpretation of the existing legislation. The Court confirmed its point of view in another ruling of 10 April 2014⁵⁵, which stipulated that the three-step test is not designed "*to extend the scope of the various exceptions and limitations*" set out.

The Court has also ruled out reasoning by analogy, by refusing to open up the existing limits to similar situations which would thereby constitute an exception to the monopoly. The issue was raised by the CJEU in the above-mentioned case of 27 February 2014⁵⁶. A spa which provided television sets for its clients intended in fact to benefit from a broad reading of exceptions to exclusive rights as set out by Article 5, § 2, *e*), and 3, *b*), of Directive no. 2001/29/EC. Could the limits set out by the European legislator in these specific cases not be applied to related scenarios? European judges responded that firstly, (para. 38) it is impossible to apply to the communication to the public right an exception set out by the Directive solely for the reproduction right, and secondly, spa clients and disabled people cannot be assimilated in order to extend the exception set out for the latter in favour of the former.

One might determine from the above that some may view the system as closed. This was the European legislator's intention. Others maintain that what it loses in flexibility, it gains in predictability.

The Court of Justice thereby positions itself as a guardian of the analytical and 'closed' approach opted for by the Directive.

⁵³ Primarily B. Hugenholtz and M. Sentfleben, Netherlands, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554 – Also see M. Sentfleben's thesis, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test - An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, 2004. – Also read the university research project 'European copyright code', which can be accessed at: www.copyrightcode.eu; D. Gervais, 'Towards a new core international copyright norm: The reverse three step test', *Market Intellectual Property Law Review*, Vol. 9, 2005, p. 1 et seq. spec. p. 29 s. Also see 'Les exceptions au droit d'auteur - Etats des lieux et perspectives dans l'Union européenne' [Exceptions to copyright - Overviews and outlooks in the European Union], ed. by A. Lucas, P. Sirinelli and A. Bensamoun, Dalloz, 2012.

⁵⁴ See the above-mentioned OSA judgment, para. 40.

⁵⁵ See the above-mentioned ACI Adam judgment, para. 26.

⁵⁶ See the above-mentioned OSA judgment.

2.2.1.2.1 Critical assessment of the Court's intervention

We have seen that the CJEU is now providing regulatory content to a number of rules and concepts that were not harmonised, even though the lack of harmonisation could be considered as deliberate on the legislator's part. In this light, the CJEU has undoubtedly exceeded its institutional role, as well as contradicting the substance of the desired legislative policy. These observations are supported by the CJEU's particular tendency to 'find' autonomous concepts of EU law in the field of exceptions. In this scenario, the Member States have no further room for manoeuvre as the concept has to have a standardised application.

But is it the judge's responsibility to write or rewrite the standard? Is it his/her responsibility to set the balance? Can the judge order something that the legislator did not wish to impose? The answer is clear: legislative policy is the Commission and Parliament's responsibility, and through them, the Member States. Indeed, under current law, the rule is imposed without the French Government being able to make its position known as part of a democratic process.

Under such conditions, it is likely that a number of our principles will be called into question. Indeed the Court is not only interventionist, it is also disorderly and inconsistent. The Court provides what it calls a pragmatic response to any question referred to it, but does not express any political will. The problem is also linked to the fact that, although it has been called upon for dispute, the Court does not settle the dispute, but rather imposes a unique and objective interpretation from European law, in principle independently of any consideration of the case in point. In actual fact, the Court does not appear to be unaware of the facts. Moreover, it does not hesitate to use such facts to clarify the context of its interpretation. Therefore one might sometimes assume that the judgment does relate to the case in point. And yet, the chosen solution is then presented as a general one, even though the interests in question have not been weighed up in a broad and forward-looking manner.

The risk here is that judges, under the guise of making purely technical observations, allow us to forget that exceptions only exist as part of a movement or policy and that they have a particular use.

2.2.2. Intervention in exceptions should be guided by a number of principles

The mission firstly proposes that the current analytical system be upheld, and that we do not succumb to the appeal of a fair use policy (2.2.2.1.). It again suggests that who the three-step test is for should be clarified (2.2.2.2.). Furthermore, noting that the legislator is responsible for the policy, it would also be wise for the Commission to reclaim control of the exceptions and clarify their boundaries (2.2.2.3.). Finally, faced with pressure from Europe, consideration should be given to a more progressive harmonisation, which, in exceptional cases, makes certain exceptions mandatory (2.2.2.4.).

2.2.2.1 Upholding the analytical system

The current system is based on the following balance: the monopoly is understood broadly in an holistic sense by enacting categorical prerogatives, whereas the exceptions are planned analytically through a closed list which corresponds to the various traditions of the Member States. Such a balance is particularly important, especially in French law, as it carries a legislative message: the rights holder is given broad protection, and any stripping down of the protection is done rigorously. This is also the basis of the legislative policy.

Abandoning this structure would comprise the promotion of an open fair use type exceptions system. This option has been comprehensively rejected by EU bodies, particularly as regards the draft White Paper which was eventually never adopted. Yet the idea resurfaces regularly, and therefore the case against it must be stated.

The boundaries of fair use

A small number of contributors have campaigned for a radical overhaul of the exceptions system for copyright and related rights, by favouring the withdrawal of the current European approach (listing specific cases together with a number of conditions) and the adoption of a single fair use exception.

This would involve copying the system opted for by the American legislator in Article 107 of the 1976 Act (17 U.S.C. sec. 107). The benefit of such a structure would be based on its flexibility.

Such a system breaks away from particular scenarios and meets specific conditions, allowing economic rights to be set aside when the act in question meets a number of broad and general requirements. Thus, Article 107 states the following:

"Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include⁵⁷—

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors."

An analysis of American law shows that the judges know how to play with these various parameters and, far from demanding that they are all fully complied with, adopt solutions by sometimes citing certain criteria, and sometimes others.

Therefore it is flexible in several ways:

- Firstly, judges are not confined to a rigid set of pre-determined scenarios;
- Secondly, the flexibility granted to judges means that there is no need to constantly change the law in order to (attempt to) adapt it continuously to a changing society.

Ultimately, the arguments that we use to defend a holistic and open concept of the monopoly can also be found here to defend a general case of exception to the law.

⁵⁷ It should be observed that the role of the preamble is purely informative, but it gives a general idea of the types of uses that could be deemed 'fair use'.

There are two components – the promotion of knowledge and the absence of economic damage – which underpin the three main trends that can be extracted from American case law applying the fair use exception:

- Reproduction should not be subject to authorisation by creators in order to facilitate the creation of a new work which aids the progression of knowledge;
- Reproduction should be freely permitted in order to promote objectives that are in the general interest, such as education and public libraries;
- Reproduction should be tolerated so that new means of disseminating the work can be explored.

However, it is debatable as to whether the third trend fully matches the legislator's original intention.

Grounds for the rejection of the fair use exception

Although there is the indisputable benefit of versatility, from a practical point of view it is possible to challenge both the danger of a lack of predictability and the risk of imbalances that are likely to emerge. From a theoretical approach, it is also important to look at the purely institutional aspect by paying particular attention to where the standard of behaviour is established, and the loss of a sense of the general interest. Finally, one might question the merits of certain solutions to which the third American case law trend is applied.

Versatility is widely praised, but has disadvantages as well as advantages.

Firstly because it causes a certain unpredictability which hinders the development of certain activities. For example, what solutions should be used when no judge has yet issued them, or when the scenarios in question are different to those that have already been ruled upon? Unpredictability is a source of legal uncertainty, which is detrimental to the creation of a European market. Indeed, fair use is an instrument which, although having the advantage of flexibility, presents the major inconvenience of unpredictability as one does not know whether the planned situation constitutes an exception to copyright until after the event, i.e. once the judge has issued his/her ruling (and as recently observed in the *Google Books* case in the United States, judges may frequently change their stance).

In addition, as the field is therefore open, it may not be sufficiently restricted. The concept of fair use is malleable and may lead to the application of a concept which exceeds its original scope. Therefore, it may not be so much flexible in its application as a deviation from the original purpose of the exception.

Therefore, while the original aim of the fair use policy was to encourage the creation of new works by opening up some areas of freedom to creators of secondary works (parodies, quotations etc.), it is now also used by companies wishing to become involved in new sectors in order to deploy new uses (e.g. enabling a search engine to develop while being allowed to bypass copyright rules regarding works which are indexed or included in the cache). The purpose is therefore entirely different. Whereas the exception was created based on the meeting of the general interest and the release of new works, its current implementation by some 'new entrants' aims above all to legitimise acts whose purpose is far more commercial and where the general interest is less apparent. In view of current developments, is it reasonable to want to import an open exception into the European Union, whose strength is also its weakness, and whose flexibility has allowed it to be exploited by operators who wish to impose their own point of view?

We can add more weight to these questions if we look at where the standard is drafted.

Until now, copyright has been built on the search for a balance between conflicting interests, and it is up to the legislator, who is aware of the variety of factors to be taken into consideration, to establish the most effective standard for the purpose of the general interest. The legislator thus sets the monopoly's boundaries and sets out the scope of exceptions by assigning pre-determined uses to them. The European Directive legislation – which is fully in line with international requirements – includes in its three-step test some 'special cases' (including quotation, parody and private copying), and supports the implementation of the freedom thus granted by a number of conditions.

The recourse to a broad exception (such as fair use), which contains no specific scenarios, offers greater versatility yet fundamentally transforms the distribution of roles for the practical establishment of the legal rule.

One of the consequences of fair use flexibility is to 'delegate' some decisions to judges. Logically, the establishment of a standard of behaviour should be the decision of the legislator, following a debate in Parliament in which each aspect of the solution sought has been addressed and weighed up. 'Delegating' the practical search for a solution to judges – which will become case law and will even have the value of a precedent in certain States – is a rather radical transformation of the standard drafting process.

The new solution chosen by the intermediary of a fair use type assessment will have been adopted, regardless of the law, pursuant to particular circumstances or specific eventualities that are singular to the case in question, and sometimes isolated from a broader weighing up of the relevant interests. And the chosen solution will sometimes be presented as being able to be applied generally, even though such a dimension has never been fully discussed. We deem that this impressionistic approach of solutions to be adopted is at odds with the construction of a more general policy in the area, with the primary goal of meeting the general interest.

In addition another non-negligible aspect is the loss of the virtues of the law as regards certain governing principles.

The law has an educational purpose. Its wording sets standards of behaviour, as each citizen knows what to expect. Yet is it able to entirely fulfil this role if it is only based on vague concepts with undefined boundaries? This approach sacrifices all predictability in favour of flexibility. And the solution is only known at a late stage of the process, after the event, given the time taken for the interpretation to be carried out by the regulatory court (and indeed which court?).

Is this system truly fair?

Implementing the fair use exception implies the need for a great deal of proof in order for the judge's conviction to prevail at the time at which he/she is called upon to issue a ruling. Moreover, it is uncertain as to whether the two opposing parties are on completely equal footing in such a process. Looking at recent major trials in the United States which applied the exception, it must be concluded that financial and legal inequalities exist between the parties. Quite often, the 'new entrant' planning to break into a sector – and in order to do so calling on the advantages of the fair use exception – has access to a large and determined team of lawyers, while its opponent does not have the same means. In other words, the party in the right does not always triumph, but rather the party which has the means to prove that it may be right. It is a long way from the objective decisions sought at the outset by an impartial legislator, who in principle set down these conditions in order to provide a margin of freedom. Of course, it would be excessive to conclude that all American legal rulings are tarnished by such inequality, yet it would be extremely unwise to state that this is never a risk.

Finally, after examining the advantages and disadvantages of a fair use type system, the only benefit of such a system appears to be its flexibility. Should this be sufficient reason to encourage its adoption, and therefore the abandonment of a list of exceptions setting out

specific scenarios, when firstly, there seem to be many disadvantages, and secondly, the most recent assessments by experts who are generally quite critical of the system implemented by the Directive of 22 May 2001 (see, for example, the study conducted by Bernt Hugenholtz and Martin Senftleben, *Fair use in Europe: in search of flexibilities*⁵⁸) conclude that the European system has a certain amount of versatility? This is debatable given to what extent its *modus operandi* is unknown to the European legal culture.

The mission also believes that the analytical view of the exceptions, which promotes balance and a pro-protection approach, should be upheld.

2.2.2.2 Specifying whom the test is for

Although the Court has prohibited itself from reading the three-step test as an authorisation to 'explore' exceptions beyond the Article 5 list, one question still remains: that of who the test is for. Is it for national legislators only, or are national judges capable of using the instrument to verify the compliance of the disputed use with the test, together with the conditions of the exception, in each case in point? In the former case, the move to using the test as a 'filter' will only happen when the exception is established by the national legislator, to some extent *in abstracto*. National judges would therefore not be permitted to use it, and would have to limit themselves to verifying the conditions of the exception itself. In the second scenario, the test would comprise an additional condition to be added to each exception, which would be subject to the judge's *in concreto* assessment.

Article 5 (5) of Directive 2001/29 stipulates that the exceptions are only *applicable* if they meet three test criteria, which seems to define the instrument as the legal *exercising* of the right rather than simply the legal existence. This delegation to a judge also guarantees a shrewder assessment of the situation, according to the changing uses and technology. Indeed, it may therefore be necessary to restrict the scope of an exception which, at a certain time does not cause any harm, but at a certain point in the future will compete with normal exploitation. In addition, such changes were not unknown to the European legislator from the outset, as recital 44 of Directive 2001/29 acknowledges its necessity:

"(...) The provision of such exceptions or limitations by Member States should, in particular, duly reflect the increased economic impact that such exceptions or limitations may have in the context of the new electronic environment. Therefore, the scope of certain exceptions or limitations may have to be even more limited when it comes to certain new uses of copyright works and other subject-matter."

According to the European Commission⁵⁹ however, the test is aimed at the national legislator rather than the judge. *In principle*, the tool only acts as a filter for the legislator, who is duty bound to set the *maximum* limit of the exception.

In France, one might have believed that the test is aimed at the judge, who in fact once referred to it without really gaining a full knowledge of it⁶⁰. It might also have been assumed that the *Infopaq* 2⁶¹ judgment did not contradict this fact since Article 5.1 already incorporates economic reasoning.

For the time being, the CJEU does not seem to have made a decision on this issue of whom the three-step test is for. Although European judges have confirmed that Article 5 (5) "takes

⁵⁸ The authors believe in particular that the exceptions listed by Directive 2001/29 offer margins for interpretation due to their lack of precision, which enables them to develop and embrace new fields.

⁵⁹ Hearing of DG Internal Market and Services, Intellectual Property Directorate.

⁶⁰ See the above-mentioned *Société Studio Canal et al. v. Association UFC* judgment.

⁶¹ See CJEU, 17 January 2012, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, case C-302/10.

effect only at the time when they are applied by the Member States."⁶², they have not provided further clarification of its implementation.

Yet it is evident that the issue is an important one, given that according to the interpretation made, power may be delegated to judges for exceptions that may call into question certain uses within the digital environment.

Of course, opponents of using the test during proceedings highlight the legal uncertainty generated by this situation. One might respond that the British 'fair dealing' policy, which is aimed at the judge, is not a particular source of legal uncertainty (particularly as those that condemn such uncertainty sometimes also campaign for a fair use policy), and also that the current situation is undoubtedly a greater source of uncertainty! Indeed, the Member States are currently entirely at the mercy of the CJEU's interpretations, which strongly contradict their national traditions but which do not necessarily consider the context of the use.

Under these conditions, this mission deems that it would be wise for the French Government to state that it supports a specific reference to the three-step test tool being aimed at national judges. Indeed, if only the latter choose to call on it, the instrument could easily offset the lowering of the level of protection due to the Court's permissive reading of certain exceptions. Judges could thereby block a use that is in principle exempt, in consideration of changes in habits and the damage that this use could cause to normal exploitation. The test could therefore become a re-balancing instrument which benefits rights holders and takes into consideration media and technological developments. In addition, should the Directive be reopened, France could call for a specific reference to this delegation to the judge.

2.2.2.3 Clarifying the content of certain exceptions

As we have seen, the Court does not necessarily subscribe to continuity in the area of legislative thinking. The legislator's previous intention is sometimes overridden in the name of establishing the single market.

In addition, the CJEU often broadens the exception, and grants it an extended or new scope. Such extensions are based either on the beginning or the end of the use process, or on the basis or context of the exception itself.

As regards the beginning of the process, we cite the judgment of 11 September 2014, which in the name of the principle of effectiveness, authorises an 'incidental' reproduction (through digitisation), in the context of the application of Article 5 (3), under n⁶³, which places the research exception for on-site consultation in libraries out of the scope of the monopoly. The judgment in itself does not appear to be of concern, but the reasoning which underpins it should be questioned. Firstly, the Court takes liberties with the actual Directive legislation, which only refers to 'making available'⁶⁴. And consequently, does this reasoning hold true for other exceptions, if one decides tomorrow that the full benefit of a particular limitation (e.g. short quotation) authorises an ancillary reproduction, in full? And from the outset? But then, how should this case law 'authorisation' be linked to the mandatory exception in Article 5 (1) which also permits an incidental reproduction? And above all, what is the point of delineating an exception as Article 5 (1) does, if one then allows the reasoning to be broadened?

⁶² See the above-mentioned ACI Adam judgment.

⁶³ See CJEU, 11 September 2014, Technische Universität Darmstadt, case C-117/13: "*use by communication or making available, for the purpose of research or private study, to individual members of the public by dedicated terminals on the premises of establishments referred to in paragraph 2(c) of works and other subject-matter not subject to purchase or licensing terms which are contained in their collections*".

⁶⁴ Again, this scenario undoubtedly constitutes an exception to Articles 2 and 3 of the Directive.

Moving on to a later stage of the process, as mentioned, the Court sometimes deems that the creation of a second work is not necessarily covered by the exception, in areas where the exception is also traditionally used as means of promoting creation⁶⁵. This is why, in French law, there must be a quoting work and a parodying work, in order to be covered by the exception for short quotations and the parody exception respectively. Thus, not only do these exceptions contribute to freedom of expression, but they also form part of a creative process, which therefore contributes to heritage as a whole. The effectiveness of such limitations is therefore proved twice over.

Yet the Court of Justice seems to be unaware of the second objective. In fact, it ruled that the creation of a work was not required as a condition in order to be covered by the quotation exception or the parody exception.

The Court of Justice's denial profoundly changes the system's outlook, insofar as the Court is (at least partially) challenging the basis of the exceptions and their social benefit. Above all, in doing so it imposes a revision of foundations to which the States have not been able to contribute.

Finally, the Court sometimes offers extensive interpretations of exceptions that surpass the context for which the exception was created. In particular, we observe that the last case law record pertaining to Article 5 (1) casts doubt over its compliance with the original intentions. Indeed, originally the exception set out by Article 5 (1) was straightforwardly logical: common sense prevents a single transmission from being analysed as x reproductions due to its circulation on networks. Similarly, it is inconceivable that the lawful recipient of a work made available to him/her should have to seek a separate authorisation for the automatic reproduction performed by their computer RAM. One can easily see that the reproductions referred to are required for technological purposes. The rule forms a logical part of the approach that offers limited liability to internet service providers, as set out by the 'electronic commerce' Directive (Art. 13).

Yet recent case law has broken free of this initial scope. The objective is no longer to solely exempt technical reproduction required for digital transmissions⁶⁶. For this purpose, the mission believes that the European Commission ought to communicate the meaning of this exception in order to define its true boundaries. Indeed, the risk is that loose interpretations will cause the exception to be 'exiled' from its original framework and logic, and to some extent 'acculturated' (link to the 'electronic commerce' Directive).

The European Commission could moreover use this intervention to ensure that the Directives are harmonised with one another, particularly in relation to this point. Indeed, with the EU stamp and in contemplation of the Community *acquis*⁶⁷, France has excluded databases and software from the scope of the exception, which renders the exception largely devoid of any substance. And yet, this exclusion is the result of a lack of linkage between the various legislation, a fault that the Commission ought to correct in the interests of consistency.

For all of the above reasons, the mission deems that, should Directive 2001/29/EC be reopened, the French Government should ask the European Commission to clarify its intentions in relation to the exceptions. This would entail here a clarification both of the link between the exception's transposition and content, and the precise conditions of the

⁶⁵ Compare with the original basis of fair use (see above).

⁶⁶ See CJEU, 5 June 2014, MeltWater, case C-360/13, section on TDM.

⁶⁷ Both specific directives set out particular exceptions to reproduction rights. And yet, recital 20 of Directive 2001/29/EC states the following: "*This Directive is based on principles and rules already laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directives 91/250/EEC [computer programs], 92/100/EEC [hire purchase], 93/83/EEC [cable and satellite], 93/98/EEC [term of protection] and 96/9/EC [databases], and it develops those principles and rules and places them in the context of the information society. The provisions of this Directive should be without prejudice to the provisions of those Directives, unless otherwise provided in this Directive*".

exceptions as a whole. This process would enable the extension of the scope of exceptions carried out by the CJEU to be contained (without however removing any interpretative powers), and would prevent the bases of the exceptions from being called into question.

2.2.2.4 Should some exceptions be mandatory?

The French Government has on several occasions expressed its preference for the optional nature of the exceptions set out by the Directive, which provides Member States with the flexibility that they seek to implement their cultural policies while laying down exceptions and limitations to cover certain user categories. That said, it is quite clear that reopening the Directive would lead to a (no doubt heated) debate on the exceptions, with some calling for increased harmonisation in this area. The mission would like to bring a number of factors to the Ministry's attention in order to prepare the French stance.

In addition to general proposals on the basis of the existing exceptions, a more precise development of the regime of some new exceptions is required.

2.2.2.4.1 *General proposals based on the existing exceptions*

As a general rule, the exceptions constitute both exemptions from exclusive rights – and thereby should not be increased in number due to the risk of eroding the monopoly – together with breathing space for the law, which allow for the preferences of the public and of certain 'users' of works to be taken into account, sometimes favouring acceptance of such exceptions. It is thereby a question of balance.

The CJEU's interventionist approach to exceptions, the ensuing calling into question and the legal uncertainty caused leads one to question whether making some of the exceptions mandatory will allow a true harmonisation to take place.

The issue of the European legislator's intervention is all the more pertinent since the Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled, adopted on 27 June 2013 under the auspices of WIPO, comprises a mandatory exception scenario which is more precise than the disability exception included in Directive 2001/29/EC. Indeed, the Treaty authorises some organisations to reproduce, distribute and make available copies in a format which is accessible to visually impaired persons. The purpose of the Treaty is to ensure that books published in the context of copyright exceptions in formats such as braille, large print, e-books and audio books with special navigation tools, can be made available across borders, not only within the EU but also between the EU and non-EU countries.

Should EU legislation reiterate the treaty's requirements? Should it amend Article 5 of the Directive in order to incorporate the new rule? The European disability exception is clearly far broader and less precise. Article 5 (3) (b) excludes from the monopoly: *"uses, for the benefit of people with a disability, which are directly related to the disability and of a non-commercial nature, to the extent required by the specific disability"*. Yet the Treaty is certainly binding on Member States and on the European Union, which is a signatory to it (April 2014). The reform may therefore provide an opportunity to clarify the legislation, at least to ensure that it is coherent with the Treaty.

In addition to the binding categorical exception, it is important to question the other exceptions that are already included in the Article 5 list of Directive 2001/29, which could become mandatory, together with new exceptions which could be adopted.

First and foremost, the framework for legislative intervention needs to be reiterated. Indeed, the process of intervening in exceptions, whether to revisit them or even to create new ones, must in principle be justified. The EU must first provide proof of the socio-economic requirement causing it to intervene, which it has not yet done, especially given that exceptions are exempt from the monopoly principle and the legislator must therefore act with restraint or risk ruining the principle. Moreover, given the already long list of exceptions, rights holders have unanimously stated their reluctance to the creation of new exceptions, which would encroach even further on the monopoly principle. And one should not forget that new limitations will not entail the simultaneous strengthening of rights in other areas.

Moreover, harmonisation does not seem necessary when the exception has no cross-border effect, as in this case the single market is not at risk. It is not enough to simply deliver the blow that the single market is at risk: proof is required. In these scenarios, the exceptions should remain optional.

Moreover, before suggesting new limitations or amending the scope or nature of an exception, one should verify whether existing exceptions cannot solve the problem, if indeed a problem exists.

Finally, the idea of making certain (existing or new) exceptions mandatory requires consideration of the criteria that should govern choices. Indeed, if exceptions must become mandatory, the process should be legitimised through the use of objective criteria when choosing exceptions.

Proposals have been outlined by some rights holders on this issue, although they are not in consensus. Rights holders have however suggested that certain optional exceptions or limitations be made mandatory on a European scale, considering the social benefits that they provide (this is of course subject to the application of the three-step test, as different national or sectorial circumstances may require various adjustments, even if the internal conditions for the exception have been met). The examples provided here are the exceptions for libraries (Art. 5 (2) (c) and 5 (3) (n)), and also the education exception. Other exceptions may become mandatory as they address fundamental rights and freedoms. The quotation exception is a particular example. On the contrary, where exceptions relate to local specifications or do not relate to an overriding issue, it may be recommended that they remain optional.

The proposal may therefore consist of highlighting the criteria that have not been challenged in order to legitimise the mandatory exceptions.

The mission believes that the most legitimate criterion is undoubtedly fundamental rights. In addition, it would enable the external corrective mechanism based upon Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Freedom of Expression, "public right to information"...) to be incorporated into national law. In France, Article 10 has almost become a standard clause, and is very often cited to evade infringement. For the time being, the judge refuses to grant such applications. Yet one of the cases in question, the *Musée de Lodève* case⁶⁸, has led to a legislative reaction in the Act of 1st August 2006, which incorporated the press exception into Article L. 122-5 (9) of the French Intellectual Property Code⁶⁹.

⁶⁸ See Cass. 1st civ., 13 November 2003, see not. *Propri. intell.* 2004, p. 550, obs. A. Lucas.

⁶⁹ "Once a work has been disclosed, the author may not prohibit: (...) 9° The full or partial reproduction or representation of a work of graphical, plastic or architectural art, through the written, audiovisual or online press, with the exclusive purpose of direct information and directly related to the latter, on condition that the name of the author is clearly stated. – (sub-para. 2) The first sub-paragraph of this section 9° does not apply to works, particularly photographs or illustrations, that themselves aim to report information. – (sub-para. 3) Reproductions or representations that, particularly due to their number or format, are not strictly proportional to the sole purpose of direct information, or which are not directly related to the latter, give rise to the remuneration of authors based on the agreements or rates in force in the professional sectors in question".

The open consideration of this legitimate concern would undoubtedly curb the external route, insofar as the internal balance of rights would be clearly imposed by the EU⁷⁰. CJEU case law also seems to rule in this sense. In its application of the exceptions in particular, the Court highlights the need to retain a balance between holders' rights and the user's freedom of expression. One might also deduce from this action that fundamental freedoms may also be a criterion for exceptions.

By way of an example of this approach, it is possible to cite a recent judgment issued by the Grand Chamber regarding the parody exception⁷¹:

"However, the application, in a particular case, of the exception for parody, within the meaning of Article 5(3)(k) of Directive 2001/29, must strike a fair balance between, on the one hand, the interests and rights of persons referred to in Articles 2 and 3 of that directive, and, on the other, the freedom of expression of the user of a protected work who is relying on the exception for parody, within the meaning of Article 5(3)(k)" (para. 34).

The main exceptions based on freedom of expression are probably the quotation exception (Art. 5 (3) (d)), the parody exception (art. 5 (3) (k)) and the exception for information related to public speeches (Art. 5 (3) (f)). Similarly, the right to a fair trial, which is understood in a broad sense, may also form the basis for the public safety and procedural exceptions becoming mandatory (Art. 5 (3) (e)). Once again, in this context the mission adds that when the use is not a cross-border use, the achievement of harmonisation is far less pressing, insofar as such fragmentation of solutions does not hinder the single market.

Another criterion on which the decision on the mandatory nature of exceptions may be based, according to some of the contributors, is the sociological impact of the exception. Some limitations are understood in many EU Member States as indispensable considerations for the existence of the monopoly.

This is the exact case of the private copying exception, a constant topic of disputes (both national and European, primarily regarding remuneration for private copying). Therefore, one may decide to make the principle, conditions⁷² and regime of the exception mandatory all at the same time. The compensation scheme has received little standardisation on the part of the CJEU⁷³. Therefore, there are still notable discrepancies between Member States regarding the arrangements for, form and level of compensation. Spain for example has decided to make the Government responsible for payment, and therefore applies a ridiculously low rate. Britain however does not deem the exception worthy of compensation due to the minimal nature of the harm caused.

The lack of harmonisation is also highlighted by the CJEU in the *Amazon* judgment⁷⁴, as a sort of appeal to the legislator to intervene. To this end, recital 20 states:

"The Court has also held that, since the provisions of Directive 2001/29 do not expressly address the issue of who is to pay that compensation, the Member States enjoy broad discretion when determining who must discharge that obligation (Stichting de Thuiskopie, 16 June 2011, C-462/09, paragraph 23). The same is true of the form, detailed arrangements and possible level of such compensation."

⁷⁰ The fact remains that the recourse to fundamental rights to evade punishment for infringement is used by some infringers when the use is undeniably contrary to copyright law. In this respect, we note that the website '*The Pirate Bay*' did not hesitate to refer its case to the European Court of Human Rights in order to challenge the lawfulness of anti-infringement measures taken by a State.

⁷¹ See the above-mentioned *Johan Deckmyn* judgment, para. 34.

⁷² See the above-mentioned *ACI Adam* judgment on the requirement for a legal source condition.

⁷³ See CJEU, 21 October 2010, *Padawan*, case C-467/08.

⁷⁴ See CJEU, 11 July 2013, *Amazon*, case C-521/11.

Furthermore, it would also be helpful if the European legislator could clarify its position on the application of the private copying exception to the cloud (particularly in the case of personal folders). There is no doubt that we are thereby moving towards a method of mass consumption. It would therefore be useful if the Commission could adopt a stance in order to prevent differing reactions within EU Member States.

Finally, it should be noted that rights holders have indicated that they are in favour of systematic compensation for all copyright exceptions. The mission considers this a dangerous road to go down, as automatic compensation may reduce any benefit derived from the three-step test to nothing. Indeed, one might believe that any compensated exception would automatically pass the three-step test, which would reduce the scope and the renewed benefits proposed by the mission. In addition, in some cases there is not much to compensate (for example the proceedings exception).

2.2.2.4.2 Specific proposals based on new situations

Three exceptions should be focused on first given their overwhelming interest both at a European and a national level, and the situations that they raise. These are the exceptions for libraries, for transformative use and for *text and data mining*. The first has attracted particular attention at a European level as much pressure has been applied, given that technological advances have made the issue current. The other two exceptions have not only attracted interest from the EU, but also from the French Ministry of Culture through the CSPLA [High Council for Literary and Artistic Property].

Some parties would like all of these scenarios to be covered by a mandatory exception. The mission has a more nuanced approach to the issue.

The exception for libraries

The exception for libraries is well-known in European law. It is even the subject of two provisions of Directive 2001/29. However, this is a new situation which focuses on libraries and asks them to make fundamental changes, to the extent that the request does not have any resemblance to positive law.

Article 5 of the Directive authorises two optional exceptions to exclusive rights for libraries:

- An exception to the reproduction right for certain acts that are generally understood to be acts of reproduction for storage and archiving purposes (Article 5 (2) (c)),
- An exception to reproduction and making available to the public rights for the consultation of works by individuals, for the purpose of research or private study, through dedicated terminals on library premises (Article 5 (3) (n)).

Article 6 (1) of Directive 2006/115/EC on rental and lending rights and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property also enables Member States to put in place a limitation to the making available to the public right in the case of physical loans by public libraries, in return for remuneration.

Finally, Directive 2012/28/EU of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works requires Member States to set up an exception or limitation to the reproduction and making available to the public rights (Art. 2 and 3. of Directive 2001/29/EC) for certain orphan works, *i.e.* for whom it has not been possible to find or locate the rights holder despite a

diligent search, covering libraries, museums and archives as part of their public interest duties.

One should firstly note that the exceptions are fragmented, which impacts upon the clarity of the system, and on reading Directive 2001/29 alone, may give the impression that freedom is given little room for manoeuvre.

Some people blame the system for the fact that transpositions into national law come with conditions (relating to the purpose, to the number of and to the potential recipients of reproductions, and to the option of changing the format) which vary a great deal from one Member State to another. It is possible that these differences may prevent some institutions from becoming involved in transnational projects. Again, in order to answer such claims, proof must be provided of the cross-border effect of the uses in question.

Others once more accuse exceptions of being insufficient for today's world. It is true that new technologies have led this issue of the dissemination of knowledge into a unknown arena. There are a variety of demands, from the completion of mass digitisation operations for library collections (but is this desirable or indeed possible?), to electronic lending, together with the remote consultation of works belonging to collections.

Some library representatives state on this point that excluding remote lending and consultation of digital works from the scope of exceptions jeopardises their duty to disseminate knowledge and culture, both to researchers and academics and to the general public.

On the contrary, authors and publishers believe that the existence of a weakness in the market requiring a wider scope for exceptions has not been demonstrated. There are licence agreements which enable researchers and academics to gain remote access to scientific publications. There is nothing to prevent licence agreements being set up with publishers to lend digital works to the general public.

Researchers however highlight the importance of being able to easily gain remote access to collections and publications, for example if the publisher no longer exists or the subscription has been suspended⁷⁵.

Given the importance of a library's duty to disseminate knowledge, the current exceptions may have to be changed in order to take better account of technological advances. Yet technology does not occupy a neutral role as regards the harm caused to rights holders. Uses that have been limited and are therefore acceptable could, with progress, become extremely detrimental. It is possible that they may not even pass the three-step test. Proposals need to be made with care.

One proposal may be to standardise the preservation exception to prevent it from being limited to certain types of works or certain reproduction methods. In addition, the consultation exception could be updated in order to move away from the requirement for 'dedicated terminals'. Indeed, onsite consultation does not require consultation from dedicated terminals, and an exception could be implemented whereby users would be authorised to access the resources in question using their own computers, through a secure intranet site, providing a suitable response to technological developments.

In addition, a number of mass digitisation tools have already been set up. Thus, Directive 2012/28/EU of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works settled on the

⁷⁵ Nowadays, access is only provided while the subscription is active. In the event of a suspension, the subscriber will no longer have any access to the resource, even during his/her subscription period.

principle of mutual recognition to resolve the issue of the digitisation of works for which it is not possible to find the rights holder, despite a reasonable search⁷⁶. Furthermore, a *MoU*⁷⁷ promoted the ownership of unavailable works (which in France is represented by Act no. 2012-287 of 1st March 2012 on the digital exploitation of unavailable books from the 20th Century, which implemented a collective management system and a database with an *opt out* for rights holders). We must welcome these various initiatives for the dissemination of knowledge. However, the mission believes that no exception should authorise the mass digitisation of library collections. Contractual solutions should be prioritised, and also of course sectorial solutions, as the issues are vary greatly from one sector to another.

Finally, electronic or e-lending is not covered by any exception. Most rights holders believe that an exception for e-lending would have a much greater impact on the digital books market than the exception for physical loans has on the printed book market, given that libraries could provide identical services to those of bookshops⁷⁸. Consequently, e-lending can only be authorised through licence agreements. Publishers and libraries are experimenting with solutions through which they are attempting to introduce similar constraints for e-lending as those that exist for physical lending (maximum number of simultaneous loans, mandatory purchase after a certain number of loans, downloading during office hours only, etc.). Therefore, in this case a negotiated solution should be encouraged.

Transformative creations

Firstly, it should be noted that the European Union speaks more willingly of UGC (user-generated content) than transformative creations, and moreover sometimes confuses the two, on other occasions reducing the former to the latter⁷⁹. This lack of precision in the terminology is problematic as it means that not everyone is working towards the same goal, which does not allow progress to be made from a solid starting point. Moreover, the UGC workshop as part of the *Licences for Europe* programme was not able to reach a consensus. For many, it involved the legalisation of all non-commercial exchanges, which would truly constitute expropriation for private use. Allowing such an exception would lead to derivative and composite works being eliminated from the French legislative landscape, including translations.

In any case, there is considerable European interest in this topic. This is demonstrated by the study commissioned from the De Wolf firm (submitted in December 2013), and again by the Commission's public consultation on changes to copyright. The official draft White Paper suggested several tools to escape from the rut, including clarifying the application of exceptions that may be relevant and otherwise favouring negotiated solutions (licences). It also suggested implementing instruments that would enable information on rights to be improved. In the same vein, the impact study on Directive 2001/29 recommended harmonising and making existing exceptions mandatory, within which solutions could be found (quotation, parody and incidental inclusion).

⁷⁶ Currently being transposed into French law.

⁷⁷ *MoU 'Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works'*, 20 Sept. 2011.

⁷⁸ In Denmark, as part of a pilot project involving the two biggest publishers and a considerable number of libraries, e-lending was trialled for long periods, with no standby period. The publishers withdrew from the project after having noted that for the same book, the number of electronic loans was six times the number of purchases.

⁷⁹ On this subject see the De Wolf report, which was submitted to the European Commission in December 2013 and which assimilates UGC and transformative content, even though three UGC categories can be identified: original initial content created by users and made available by them; protected or unprotected content made available by persons that are not the author(s); content which combines initial works with original contributions to produce a transformative creation.

In France, the CSPLA became aware of the importance of the topic and entrusted the transformative creation mission to Professor Valérie-Laure Benabou. Our mission therefore refers to this very comprehensive report by Ms Benabou.

If one takes only a few points from her considerations, it should be noted that here too, a willingness to implement flexible and multifaceted solution is apparent. Thus, together with recommending a clarification of the boundaries of the quotation exception as regards *Painer* case law, Ms Benabou advises us to "*support and continue reflection on the implementation of contractual and legal solutions regarding the distribution of works by 'amateurs'*". In particular, Ms Benabou suggests setting up a centralised authorisation system when the distribution is performed by the platform intermediary. In order to do so, either the act of exploitation can be directly assigned to the technical intermediary, which implies a review of the special liability regime (which is not planned by the Commission), or gaining authorisation would be managed using representation (contractual or legal if required) by the platforms on behalf of their clients. This final scenario would have the benefit of simplicity.

Nevertheless, the issue of 'amateur' status is raised here and, as a corollary, that of 'non-commercial' use. During our mission, strong opposition was apparent on these topics which underpin the issue of free access and its definition. Many people highlighted the fact that the uses of UGC are extremely varied, going from small group exchanges to large-scale dissemination through online sharing platforms. Given the success that some creations have, and the direct or indirect revenue (primarily through banner ads) which creators or internet sharing platforms can earn, it is impossible to maintain that UGC is non-commercial.

Finally, we should add that Ms Benabou rejects, as does this mission (for the reasons explained above) the adoption of an open, fair use-type system which would cover both uses and transformative creations. She also opposes the export of an exception such as that currently used in Canada⁸⁰. In both cases, she highlights and criticises the acculturation that should take place.

Text and data mining

Text and data mining (TDM) represents a major strategic challenge for the economy and European research. The significance of the subject is such that the CSPLA entrusted Maître Jean Martin with the mission, who submitted his report in July 2014.

According to this report: "*text and data mining is an automated search process covering a body of digital data with the purpose of discovering new knowledge or new ideas*".

The mission report on text and data mining deems that copyright monopoly and the *sui generis* right of database producers applies to this activity. Indeed, TDM generally requires considerable reproductions or extractions at the beginning of the process from a quantity or quality perspective, and according to the Martin mission, these cannot be covered by any of the positive law exceptions. The recommendation is therefore to favour a negotiated solution through sectorial self-regulation (which already seems to be becoming established), and to consider a research exception (for non-commercial purposes)⁸¹.

Our mission wishes to add several additional considerations to this topic, by proposing analyses which are based on the CJEU's subsequent rulings.

After all, even if with current technological developments TDM requires "at least temporary" reproduction (in the words of the Martin mission), one wonders whether, in time, this requirement might be eliminated, in which case the monopoly would no longer be applied. This does not mean, in practice, there is not sometimes value being generated, a situation

⁸⁰ See Article 29.21 of the Canadian C-42 Copyright Act.

⁸¹ The draft White Paper of July 2014 (which in the end was never made official), reaches similar conclusions.

which requires rebalancing. But insofar as technical advances are likely to eliminate the act of exploitation (in the sense of literary and artistic property), we should clearly avoid the creation of a dedicated exception, which would become obsolete as soon as it was adopted, or soon after.

And then, considering that TDM requires reproduction, one wonders if, in the light of recent developments in CJEU case law on Article 5 (1) of Directive 2001/29/EC⁸², this specific practice could not therefore be exempted. The provision requires Member States to exempt from the monopoly "*temporary acts of reproduction referred to in Article 2, which are transient or incidental [and] an integral and essential part of a technological process and whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work*", provided that these acts "*have no independent economic significance*". Of course in French law, the provision does not apply to software and databases. But in actual fact, this exclusion is largely due to a poor linkage of the legislation on the part of the European Union⁸³.

As regards the first condition of the exception, it must be proved that the copy is not a lasting copy, and rather that in order to conduct another operation, it will only be stored for the time taken to complete the mining process. It is the temporary nature that will without doubt be the most problematic for TDM, while CJEU case law is still in favour of an 'open' reading of the exception.

As regards the second condition, the CJEU stated that it was putting forward an alternative (transient or incidental nature). In the TDM scenario, the transient nature⁸⁴ would undoubtedly be difficult to identify. Yet it is legitimate to ask whether the act of reproduction might be incidental. Indeed, the MeltWater judgment⁸⁵ states that an act of reproduction is incidental "*if it neither exists independently of, nor has a purpose independent of, the technological process of which it forms part*".

The third condition requires the acts of reproduction in question to constitute an integral and essential part of a technical process. This requirement can be sub-divided into two cumulative components: firstly, acts of reproduction must be fully carried out as part of the implementation of the technological process, and secondly, the completion of these acts of reproduction must be necessary, in other words the technological process could not function correctly and effectively without these acts. TDM seems to meet these requirements.

The fourth condition relates to the purpose of the reproduction. The Directive curtails exclusive rights for the acts "*whose sole purpose is to enable: (a) a transmission in a network between third parties by an intermediary, or (b) a lawful use of a work*". Here, the purpose refers to the act itself and not to the motivations of those involved. The first scenario is routine. It involves proof that the act is necessary from a technical point of view to ensure the proper transmission of the work (performance, request handling speed) between third parties (a rights holder, site owner, and a web user) by a technical intermediary. The second alternative scenario grants the monopoly for temporary reproductions whose sole purpose is

⁸² Also see the above-mentioned Football Association Premier League and MeltWater judgments, and the CJEU judgments of 16 July 2009, Infopaq 1, case C-5/08 and 17 January 2012, Infopaq 2, case C-302/10.

⁸³ See recital 20 of Directive 2001/29/EC on compliance with the Community *acquis*.

⁸⁴ This condition is primarily defined by the volatility of the copies: the act is exempt as the length of the fixation is fleeting. European case law has however added clarification to this condition. The Infopaq judgment thus stipulated that "*an act can be held to be 'transient' (...) only if its duration is limited to what is necessary for the proper completion of the technological process in question, it being understood that that process must be automated so that it deletes that act automatically, without human intervention, once its function of enabling the completion of such a process has come to an end*".

⁸⁵ See CJEU, 5 June 2014, MeltWater, case C-360/13, which ruled that an act of reproduction is incidental "if it neither exists independently of, nor has a purpose independent of, the technological process of which it forms part".

to enable "*a lawful use of a work*"⁸⁶. The expression is rather unclear, and one assumes that in actual fact, following in the footsteps of the Community *acquis*, the requirement depicts a legitimate software or database user. The analysis is nevertheless shaky: we do not yet know what limits European case law will propose for this condition, and whether it will cover the scenario of a user having lawful access to a work or database in the TDM context.

Finally, the last condition implies that the reproduction has no independent economic significance. It undoubtedly excludes copies that generate advertising revenue, including horizontal revenue shifts between services. For all that, there is another consideration to be examined on the subject of TDM. Indeed here, it is not so much the reproduction that has an independent significance as the correlative putting into perspective of the extracted data.

Moreover, one might also wonder whether the quotation exception might, in some scenarios, provide a basis for TDM operations. Indeed, we know that European case law does not require a quoting work in order to be covered by the exception. In addition, one might question if for example the principle of effectiveness might enable a copy of the work to be created at the beginning of the process. This scenario is not theoretical. The CJEU has already issued such a ruling on the subject of the research exception though onsite consultation in libraries, under Article 5 (3), no.⁸⁷:

"Such a right of communication of works enjoyed by establishments such as publicly accessible libraries covered by Article 5(3)(n) of Directive 2001/29, within the limits of the conditions provided for by that provision, would risk being rendered largely meaningless, or indeed ineffective, if those establishments did not have an ancillary right to digitise the works in question" (para. 43).

As recommended previously in the general proposals, this tendency to extend the scope of the exceptions is sufficient reason for the European Commission to reclaim control of this issue. If it did so, it could thereby prevent the extensive readings suggested, and the possibility of a specific exception for TDM would therefore need to be given further consideration. Unless, as some believe, the research exception could serve as a basis for data mining, as raised by the Martin mission report. Such a link would also avoid adding yet another exception to the long Article 5 list. Of course at the current time, the exception is not mandatory, and even where it does exist in national law systems there are major variations in its transposition. In France for example, it is particularly confined, and would not at the current time cover TDM. Such a link would therefore involve a review of the European exception.

Great Britain has apparently already based its policy on Article 5 (3) (a) of the Directive⁸⁸ in order to create a TDM exception for non-commercial research purposes⁸⁹. This is also the

⁸⁶ Also see recital 33 of Directive 2001/29/EC: "*A use should be considered lawful where it is authorised by the rightholder or not restricted by law*".

⁸⁷ See the above-mentioned Technische Universität Darmstadt judgment.

⁸⁸ "*Member States may provide for exceptions or limitations to the rights provided for in Articles 2 and 3 in the following cases: / a) use for the sole purpose of illustration for teaching or scientific research, as long as the source, including the author's name, is indicated, unless this turns out to be impossible and to the extent justified by the non-commercial purpose to be achieved (...)*".

⁸⁹ CDPA 1988, § 29A *Copies for text and data analysis for non-commercial research*

(1) The making of a copy of a work by a person who has lawful access to the work does not infringe copyright in the work provided that—

(a) the copy is made in order that a person who has lawful access to the work may carry out a computational analysis of anything recorded in the work for the sole purpose of research for a non-commercial purpose, and

(b) the copy is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

(2) Where a copy of a work has been made under this section, copyright in the work is infringed if—

(a) the copy is transferred to any other person, except where the transfer is authorised by the copyright owner,

or

recommendation that was proposed by the draft White Paper⁹⁰. The Martin mission also points out that: *"it may be helpful for the Commission to develop recommendations for Member States in order to clarify to what extent data mining activities are covered by intellectual property law, and to what extent they are incorporated into the framework of existing exceptions for uses for research purposes"*.

In other words, positive law may be able to offer resources that the European Commission ought to explore before proposing a new dedicated exception. In addition to this, some exceptions need to be revised to clarify or adapt their content.

2.3. The issue of the territorial application of rights should only be re-examined with the utmost care

In his mission statement to Mr Oettinger, the future President of the European Commission Mr Juncker stated that: *"Users should be offered access to services, music, movies and sports events on their electronic devices wherever they are in Europe and regardless of borders"*.

The idea of cross-border services available from any European State is not a new one. In the past however, its implementation has come up against economic obstacles (lack of demand/market for cross-border services to be balanced with the costs of acquiring rights in multiple territories) or technological obstacles (traditional broadcasting methods), or even legal obstacles (lack of harmonisation between national intellectual property legislation in different countries⁹¹). With the development of high-speed broadcasting techniques and electronic communication networks, the possibility of connecting different audiovisual markets is back on the table, together with the means to reach this goal (*hard law, soft law, Licences for Europe* programme). Therefore cross-border audiovisual services may become more widely available within the Community⁹²

And one mustn't disregard the legal framework. In the minds of many, it is important that the European legislative framework is made sufficiently flexible to promote the development of demand for these types of services. Others think that the framework should be made more restrictive. But how (conflicting) interests can be balanced remains to be seen. Although they do not question the granting of licences based on exclusive rights which value exploitation territories individually, many consider there is again an opportunity to make certain amendments to the provisions of Directive 2001/29/EC.

(b) the copy is used for any purpose other than that mentioned in subsection (1)(a), except where the use is authorised by the copyright owner.

(3) If a copy made under this section is subsequently dealt with—

(a) it is to be treated as an infringing copy for the purposes of that dealing, and

(b) if that dealing infringes copyright, it is to be treated as an infringing copy for all subsequent purposes.

(4) In subsection (3) "dealt with" means sold or let for hire, or offered or exposed for sale or hire.

(5) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the making of a copy which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable.

⁹⁰ The impact study had already suggested the possibility of mandatory and harmonised exceptions for non-commercial scientific research purposes, covering copyright works and databases, for users with legal access to content which is subject to TDM operations.

⁹¹ The lack of harmonisation between different national legislations is even more pronounced in the area of audiovisual regulation, which is primarily based on subsidiarity, in practice leaving a great deal of freedom to Member States on such issues.

⁹² Moreover, the debate is part of the launch of 'OTT' services in Europe, which has stated its objective to cover several territories.

Paradoxically, the sensitive issue of territorial application received very little attention from the various contributors to the mission. It was hardly mentioned at all by consumer associations (e.g. the option of maintaining consumer habits across borders, or licence portability for nomadic consumers), and when it was mentioned to rights holders, they above all highlighted their incomprehension of the assessments made by the Commission. Some institutional users mentioned their preference for a simpler system of making works available via the principle of the country of origin, while service providers insisted on the need to improve information on different content (identifiers, metadata, databases to streamline the licence issuing process).

However, these observations need not to be overrated. Firstly as the issue did not resonate as much in France as it did in Brussels, and secondly, because the situation seems to vary quite significantly depending on the sector concerned.

2.3.1. The reasons put forward by producers to contest a calling into question of territorial application appear to have merit

For audiovisual producers, the topic of territorial application is a non-existent debate, insofar as the contractual structures that are currently used generally cover predicted use by consumers, while the increasing harmonisation of rules on copyright and related rights, both on a European and a global scale, renders any intervention in this area of little use.

Therefore, the following case is made:

There are few areas that are as harmonised on an international and European level as literary and artistic property. There are at least five international clear and sophisticated treaties relating to technological developments which have been ratified by numerous countries.

As regards European solutions, there are also at least five specialised Directives, together with Directive 2000/31/EC. Directive 2001/29/EC is itself a transposition of international treaties, and lays down a very clear definition of substantive rights, a mandatory exception, a closed list of exceptions and a principle whereby interpretations are sanctioned where necessary not only by the CJEU, but also by an international arbitration mechanism through World Trade Organization agreements.

All of the tools are in place for licence systems to be implemented worldwide, with a high level of protection for the rights in question and with a maximum amount of contractual versatility to confront all of the technical situations that might arise. And on a global scale, licences seems to be the most effective tool for circulating and increasing the value of works.

This means that all economic models can now rely on the legal tools making up the current body of rules applicable to literary and artistic property in general, and to copyright in particular. There is hardly any need to amend the legal status of this area, particularly given that the room for manoeuvre is very narrow.

Any problems that may arise, which still require clarification by the European Commission, therefore relate to the practices of economic operators, and any action to be taken should therefore be through the rules that apply to the conduct of economic operators under European law. Where a breach of the European or national regulations is recorded, action should be taken primarily via competition law.

On the issue of territorial application, according to producers, experience shows that the country of origin rule will not prevent any territorial fragmentation. The only result that such a rule achieves (perceived by rights holders as a form of 'expropriation' of the protection of

the country of destination) is to make their situation more vulnerable by opting for the 'lowest bidder' when it comes to protection (for the few points that have still not been harmonised), or the least generous.

More fundamentally, the vast majority of producers heard cannot explain the preference of certain stakeholders – including the European Commission – to implement a country of origin-based solution. This route is an option that made sense during the era of 'Television without Frontiers' directive (TVWF)⁹³, but which no longer appears to resonate with current circumstances. Some rights holders insist that there is a need to rethink the concept of 'technological neutrality', on which the European Commission based its justification for applying the country of origin rule during the revision of the TVWF Directive. Yet from a practical point of view, all parties agree that we now need to change our way of thinking, as the former solution was essentially implemented in consideration of firstly, a single sector – the audiovisual sector – and secondly, technologies and consumption methods that bear no resemblance to those which have been developed for today's world.

Applying the protection of the country of destination derives from international copyright rules, but also from the application of general rules related to private international law to this area. When no inability to implement the general universal principles has been demonstrated, producers believe that it would be unlawful to prevent a rights holder from benefiting from the protection of the law of the country designated by the conflict rule or by contractual choice.

Producers also highlight the fact that analysis of the conduct of economic operators shows that territorial licensing is not the result of a protectionist approach by such operators, but down to the fact that cinematographic and audiovisual funding as well as markets are specific to a certain territory. The system of cinematographic and audiovisual funding has already been described in several reports. Due to the huge investment required, advance funding of films is crucial if not vital, and only national economic operators are currently willing to make such investments. Language, tastes, consumer rights and personal data are all important to markets. According to rights holders, all of these factors lead to a logical platform 'versioning' in accordance with market specificities. This observation is not purely a French one, and stakeholders from other EU Member States also believe that the territorial application of copyright should not be considered an obstacle, but rather an opportunity to be seized by Member States and operators in order to adapt to the specific requirements of certain markets. It should once again be stressed that the obstacles to the creation of innovative services and to the emergence of a single market lie above all in disparities in competition law, tax law and cultural and linguistic practice.

From the rights holders' point of view, the practical consequence of the new European Commission President's wish to "break down national silos" will be that the most advantageous national legislation for platforms or the legislation which offers the least protection to rights holders will be applied Europe-wide, and European funding which is currently primarily funded at a national level will be provided for all European cinematographic and audiovisual creative works through the *Europe Creative Media* programme.

In practice, this approach based on the country of origin provides non-European stakeholders with an incentive to apply the common practice of 'forum shopping', which enables them to gain a major competitive advantage over local stakeholders. And yet, an increasing number of EU Member States are becoming aware of the limitations linked to applying the tax rules of the country of origin, and are very much in favour of the entry into force of new VAT rules, which are required in order to move towards the notion of the country of destination or

⁹³ Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities.

consumption⁹⁴. Therefore, would it not be more consistent for the sector's development to consolidate these two approaches (tax and copyright) under the same criterion: i.e. the country of destination?

Most rights holders are also extremely guarded regarding the (related) discussions that usually arise when reflecting on the issue of territorial application. Thus, regarding the substance of economic rights and the distinction between reproduction and communication to the public, which could be called into question, it has been observed that the current solutions and structures form part of the principles that are guaranteed on an international scale, and in the mind of stakeholders such as the institutions responsible for literary and artistic property, they represent the immutable foundation of copyright. Moreover, all parties appreciate that this basis is necessary and equally justified in an electronic network environment.

The various information shared reveals a deep incomprehension of European initiatives on the part of producers. As the ineffectiveness of current structures and therefore the existence of hindrances to the development of the internal market has not been proven, these rights holders are not convinced of the need to call into question the existing system on the pretext of a difficulty supposedly experienced by consumers, or based on wishes expressed by 'new entrants'. Incidentally as regards 'new entrants', is the European Union's role to facilitate initiatives by operators from across the Atlantic, to the detriment of existing cultural industries within the Union? It is easy for producers to comment that mere record shop owners or cultural centres have more people to negotiate with than iTunes France, which in fact only manages a small number of contracts, as small catalogue owners group together through 'aggregators'.

However if we are to allow an upsurge in new projects, other solutions should be looked at in priority. For example, information on rights should be promoted, particularly through open metadata on this topic.

The position of producers and the vast majority of rights holders is therefore perfectly clear: the European Commission is committed to a particular path, the necessity of which it has not proven, and has not even taken into consideration its patent and inherent disadvantages.

However there is the political pledge – echoed by the European Commission – to consider consumer wishes (yet such wishes have not been sufficiently substantiated in the context of this mission).

2.3.2. Acting in the interests of consumers does not necessarily mean changing the substance of existing rights

If one studies the question from the broadcaster point of view in relation to this approach, the issue can be looked at in another light.

The focus therefore, with a view to developing a single market for digital audiovisual services, could be on the possibility of applying the principle of 'audiovisual portability'. A subscriber who has legally purchased the right to access an audiovisual service (linear or non-linear) in his/her country should be able to benefit from the extra-national portability of his/her subscription, by signing up to an optional package with the service that issues the relevant subscription.

Therefore, the client's use of a charged service through his/her access control system should be authorised outside the territory in which the service broadcaster operates, together with the

⁹⁴ See Article 5 of Directive 2008/8/EC of 12 February 2008, amending Directive 2006/112/EC on the place of supply of services, which amends the territorial application of remote services from 1st January 2015.

portability of the service to which the user has subscribed, so that they can access these services wherever they are located, i.e. in the country of subscription but also from any other country (extra-national use).

But should the television broadcaster service contemplate providing this service to subscribers, it cannot ignore the costs of such a project⁹⁵. In other words, the broadcaster should not force the subscriber to purchase the additional rights for all receiving territories in which they wish to have access to the service to which they have signed up to from their country of origin. Indeed, the costs linked to the purchase of rights for each territory would be disproportionate to the economic advantages of cross-border services (estimated market and material investment to be made by broadcasters to enable portability).

Of relevance on the topic of territorial application is the Murphy/Premier League case⁹⁶, even though it does not pertain to the area of copyright and related rights.

We reiterate that these were preliminary matters referred to the Court of Justice of the European Union, arising from a dispute between an English pub landlady, Ms Murphy, and the Football Association Premier League (FAPL), before the UK's High Court of Justice.

The dispute focused on the relationship between the FAPL and English pubs for the broadcasting of Premier League matches in public places.

In this case, Ms Murphy bought, in an entirely lawful manner, a subscription and decoder from a Greek broadcaster (having itself obtained the Premier League broadcasting rights lawfully via the FAPL) in order to broadcast the matches in her establishment, under terms that were far less expensive than those offered by BSkyB in the UK, one of the Premier League's official broadcasters.

The Court judged that prohibiting the sale of foreign decoder cards contradicted the principle of the freedom to provide services, and that the FAPL could not justify such a ban either by the objective of encouraging the public to attend football stadiums, or by the objective of the protection of intellectual property rights. And yet, the actual granting of exclusive licences for a specific country to broadcast Premier League matches does not seem to have been called into question.

So which specific guidelines should we potentially follow as regards copyright and related rights, when these rights are usually sold on a country-by-country basis, and therefore with which the *Murphy* ruling may have no common ground?

Is there a practical way of linking marketing methods for private rights with the audiovisual portability principle referred to above, or with the solution provided by the CJEU in this case? Primarily, could simple contractual arrangements be based on the principle that from the outset, the sale of rights within a given country carries the right to grant the end user 'access rights' to the work thus acquired, regardless of the end user's location? Or do we indeed need to set up a new legal structure which can provide such 'portability of rights' without upsetting a sensitive balance of interests? As we understand, in the eyes of many, the content or implementation conditions of Directive 2001/29/EC could be adjusted to enable the

⁹⁵ On this point, see Olivier Bomsel and Camille Rosay, Cerna, 'De l'importance de la territorialité', a summary of the study 'Why territories matter', November 2013, p.5 (http://www.cerna.ensmp.fr/images/stories/media/Importance_de_la_territorialite.pdf): "Less than 6 % of EU citizens would be prepared to pay to receive content from another EU country. (...) On the consumer side, the willingness to pay for such services is still marginal. Were a pan-European portability option to be offered, it would have to be charged at the maximum level of willingness to pay in Europe, and at different prices in different countries. In the first case, the consumers unwilling to pay would turn to the grey market. In the second, consumers valuing portability would buy it where services are the cheapest. This may stimulate a new kind of grey market, which would further increase the cost of licence implementation".

⁹⁶ See CJEU, 4 October 2011, Football Association Premier League et al. v. QC Leisure et al. & Karen Murphy v. Media Protection Services, cases C-403/08 and C-429/08.

portability of audiovisual services within the European Union. Either we require a change to the substance of the rights granted, or we must somehow recognise the end user's 'access' right to the work for which he/she has obtained rights in his/her country, or a corresponding transnational 'distribution' right. The first route is rather radical and undoubtedly the subject of apprehension. Would it be wise to take such a route without having explored all of the real possibilities offered by the second option? Particularly as in the opinion of many stakeholders, a change of substance does not seem an appropriate solution for the objective sought. In addition there may be 'side effects' of such a move. Extreme caution should be applied when dealing with such a transformation of the European audiovisual industry.

This potential adjustment (of exclusive rights, or more likely methods for granting authorisation in the context of exclusive rights), if applied, should however be accompanied by a strengthening of the anti-piracy and anti-infringement provisions of Directive 2001/29/EC, given that both issues are continuing to spread on digital networks. Article 8 of the Directive could also benefit from being added to and strengthened in the area of sanctions and remedies.

Finally, adjustments to Directive EC should be accompanied by a re-examination of Directive 2000/31/EC in order to strengthen protection for holders of copyright and related rights.

3. The revision of Directive 2001/29/EC entails a re-examination either of the protection status granted to some technical service providers by Directive 2000/31/EC, or of some of the effects of this status

The vast majority of those heard wanted to highlight the major (and very often negative) consequences that the implementation of Directive 2000/31/EC (known as the 'E-Commerce Directive') has had on the scope of the making available of copyright works, or of components covered by a right related to copyright.

It is fairly easy to summarise the negative consequences of the solutions put forward by the Directive.

On a practical level, the enforcement of the regimes set out by Article 12 to 15⁹⁷ on rights holders generally results in the rights granted to authors and holders of related rights becoming ineffective when works are used or collated by certain technical service providers (see 3.1 below).

The consequences of this phenomenon are clearly observable on a purely financial level. Firstly because rights holders comment that the implementation of protective rules for literary and artistic property is generally cumbersome and costly for results which are not, as a corollary, always satisfactory. And secondly, because the beneficiaries of literary and artistic property rights therefore feel that they are being subjected to impoverishment, while the

⁹⁷ Article 12 "Mere Conduit"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, or the provision of access to a communication network, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information transmitted, on condition that the provider:

- (a) does not initiate the transmission;
- (b) does not select the receiver of the transmission; and
- (c) does not select or modify the information contained in the transmission.

2. The acts of transmission and of provision of access referred to in paragraph 1 include the automatic, intermediate and transient storage of the information transmitted in so far as this takes place for the sole purpose of carrying out the transmission in the communication network, and provided that the information is not stored for any period longer than is reasonably necessary for the transmission.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 13 "Caching"

1. Where an information society service is provided that consists of the transmission in a communication network of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the automatic, intermediate and temporary storage of that information, performed for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission to other recipients of the service upon their request, on condition that:

- (a) the provider does not modify the information;
- (b) the provider complies with conditions on access to the information;
- (c) the provider complies with rules regarding the updating of the information, specified in a manner widely recognised and used by industry;
- (d) the provider does not interfere with the lawful use of technology, widely recognised and used by industry, to obtain data on the use of the information; and
- (e) the provider acts expeditiously to remove or to disable access to the information it has stored upon obtaining actual knowledge of the fact that the information at the initial source of the transmission has been removed from the network, or access to it has been disabled, or that a court or an administrative authority has ordered such removal or disablement.

2. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement.

Article 14 Hosting

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

- (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or
- (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it

technical service providers in question gain wealth by 'capturing the value' of intellectual works.

Such a 'capturing of value' is often denied. In particular, technical service providers emphasise that services are provided to web users free of charge.

This argument does not hold water, firstly because a free service for the web user is only relative. This statement makes no reference to the direct and indirect costs incurred by the web user⁹⁸. The direct costs are linked to expenditure on equipment and services, precisely in order to have access to the content offered by networks. Expenditure in this area is very high, in stark contrast with the lack of revenue for rights holders for the same content. The web user also incurs the indirect cost of this free access through the 'multifaceted' model which currently dominates the access and circulation of data. Although it is central to the digital economy, free access may in the long term lead to a form of internal contradiction within the system, which renders an 'attention economy' based on the temptation to capture data on a large scale incompatible with civil liberties. Free-of-charge access is indeed countered by the sale of data on web users' habits and preferences. One simply needs to refer to the report by the recent expert mission on the tax structure of the digital economy⁹⁹, to observe that both personal and behavioural data collected on web users are key to the digital economy. As part of a multifaceted model, the service provider captures, processes and monetizes such data. Data is either specifically entered by web users, or produced by user traces for an application. It can also be gleaned from processing and cross referencing. The service providers who gather such data increase its value by making it available to advertisers, selling it or even using it to personalise the services they provide to their clients.

Moreover, we must note that it is most often when consulting intellectual works that web users leave traces that are used and monetized by technical service providers. The lack of a direct payment therefore does not mean that there is no economic model: the truth is that none of the sums generated in this way are passed on to rights holders, as under the rules set out by Directive 2000/31/EC, many technical service providers do not submit requests to rights holders given that in principle, the Directive absolves them of all liability. This is where the free-of-charge aspect of 'three-sided' models differs greatly from the situation of the more traditional 'two-sided' media (TF1 or M6, received free-of-charge by viewers, which pay rights holders for works made available to the public)¹⁰⁰.

affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15 No general obligation to monitor

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.

⁹⁸ On this issue see Joëlle Farchy, Cécile Méadel, Guillaume Sire, "La gratuité, à quel prix ? Circulation et échanges de biens culturels sur Internet" [Free access: at what price? The circulation and sharing of cultural goods online], Presses des mines, Cahiers de l'EMNS, to be released in 2015.

⁹⁹ See Collin P., Colin N., *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique* [Expert mission on the tax structure of the digital economy], report to the Minister for Economic Affairs and Finance, the Minister for Productive Adjustments, the Minister with responsibility for the budget, and the Minister with responsibility for small and medium-sized businesses, innovation and the digital economy, January 2013, available online at <http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>.

¹⁰⁰ On this issue see Joëlle Farchy, Cécile Méadel, Guillaume Sire, September 2014, "La gratuité, à quel prix ? Circulation et échanges de biens culturels sur Internet" [Free access: at what price? The circulation and sharing of cultural goods online], particularly the end of the study: "As soon as the question of paying for rights is not integrated into the platform's costs, the model is no longer that of a standard two-sided media economy market, but rather a three-

It is therefore understandable that, in this context, rights holders have expressed their surprise at the Commission's desire to reopen Directive 2001/29/EC without questioning the opportunity to reconsider some of the solutions implemented by Directive 2000/31/EC (see part 1 above).

However, the unanimous nature of the observations made is not reproduced when it comes to which solutions to implement.

On a pragmatic level, collecting societies which unite authors or performers have proposed, following important work by SACEM, that a new regime is implemented, which would introduce compensation to be paid by certain technical service providers. It would also apply the monopoly of rights holders who in the current climate cannot enforce the monopoly as a result of Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC (3.1). The majority of producers do not support this solution, as they have a particular preference for compliance with their exploitation monopoly, and are very unwilling to see their exclusive rights indirectly reduced to a mere remuneration right. However, by way of approval of the legal and economic analyses performed by SACEM in the study offered to other collecting societies, producers intend to use the arguments set out by the document to call for the exclusion of some consequences of Directive 2000/31/EC in the field of literary and artistic property. In parallel to the shaping of these arguments, some French institutions have not abandoned all hope of Directive 2000/31/EC one day being reopened, with the proposal of creating new regulations that would provide more adequate solutions to the situations created by developments in practices and technologies (3.3). Another option would be to involve other stakeholders, perhaps those related to payment methods or advertising, in order to shut down infringement sources (3.4).

3.1. Author and performer collecting societies suggest the creation of a system of fair compensation for rights holders

This solution has been put forward by SACEM, following many in-depth studies that it has conducted or commissioned. The reasoning behind the adoption of this solution is summarised by SACEM as follows:

"1/ In the year 2000, and through Directive 2000/31/EC, the European legislator chose to exonerate technical intermediaries from their legal liability for the protected content that they transmitted or stored. The objective was to encourage the development of communication networks, with obvious beneficial effects in terms of access to culture, the right to information and freedom of expression.

2/ Initially, Directive 2000/31/EC was not supposed to contradict Directive 2001/29/EC, which was adopted shortly afterwards in 2001. Despite the declared willingness to, through these two instruments, establish "a clear framework of rules relevant to the issue of liability of intermediaries for copyright and relating rights

sided market (Evans, 2003; Rysman, 2009; Seamans and Zhu, 2013; Pollock 2010) which in addition to web users and advertisers introduces a new economic operator to the platform's business. This operator is the content provider, which is absent from the illegal model. Thus, on the referencing market:

- The first market facet involves the search engine providing information to web users free-of-charge, which in turn provides the search engine with an audience;*
- In the second market facet, the search engine provides free indexing to content providers who want web users to find their sites, and the content providers unwittingly provide works to the platform in order to increase its audience;*
- Finally in the third facet, the search engine sells the audience created from the results obtained from the first two facets".*

infringements at Community level"¹⁰¹, their respective goals have proved contradictory. On one hand, they wish to guarantee a high level of protection for copyright and related rights, and on the other hand their stated objective is to provide reassurance to information society service providers by ensuring that they have immunity that will enable them to develop their businesses.

3/ However, given that the conditional no liability regime was only applied to a limited number of operators which restricted their activities to providing network access and transmitting data, or offering a purely technical storage service, there was little overlap between the two Directives. Although the coexistence of the two instruments was not harmonious, it was at the very least peaceful, given that the providers covered by the immunity of Directive 2000/31/EC performed few acts pertaining to the scope of exclusive rights, and therefore to the scope of Directive 2001/29/EC. Indeed, 'mere conduit' and 'caching' did not involve any act of communication to the public, but only reproductions roughly corresponding to those covered by the temporary reproduction exception set out by Article 5 (1) of Directive 2001/29/EC. As for hosting, it was initially viewed as a purely technical service for storage and information provided by the client, which, as the operator of the hosted site, was performing the communication to the public of the aforementioned information.

4/ The conditional no liability regime is now applied to operators that obtain economic benefits from the circulation of works online, even though it was designed to cover services that were not in direct competition for the exploitation of works and protected content. Nowadays, the supposed neutrality of the operator in relation to the content it stores or transmits is very often theoretical. Contrary to the purely technical hosting services for websites, for example, which are truly indifferent when it comes to content, the economic model of some technical intermediaries (such as search engines and social networks) is not based on a service which provides storage alone, but on the making available of content. Such use of works and services generates profits for the platform operator, primarily in the form of advertising revenue, which does not involve rights holders.

5/ As for rights holders, they can only act on infringements committed on networks after the event, by demanding that content is taken down or removed or that access to such content is disabled. However, following any notification of illegal content, they can neither obtain compensation for the harm caused due to the use of copyright works and material, nor negotiate a remuneration agreement for such use with the intermediaries. Indeed the intermediaries, shielded by the immunity that Directive 2000/31/EC grants them, refuse to negotiate with rights holders over financial terms for the use of the copyright works and material which they engage with or contribute to. The consequence of the conditional no liability of service providers under Directive 2000/31/EC is therefore to limit the exercising of copyright and related rights over stored or transmitted content.

6/ Strictly speaking, this does not constitute an exception, as the operators' use of the content is not lawful. The conditional no liability system does not exclude from the scope of exclusive rights uses of copyright works and material for a specific purpose, as can be applied for example to private copying, quotation, caricature, press reviews or uses for the purpose of teaching. Right holders are not purely and simply deprived of their exclusive rights, but they simply cannot apply them in respect of certain operators. The conditional immunity granted by Directive 2000/31/EC thereby curtails the exercising of copyright and related rights in respect of these operators, particularly search engine and UGC platform operators. In practice, this amounts to a limitation of

¹⁰¹ See recital 50 of Directive 2000/31/EC and 16 of Directive 2001/29/EC.

exclusive rights, and it does not matter here that such limitation is not recognised in Directive 2001/29/EC, but rather in a separate instrument. This limitation infringes the normal exploitation of copyright works and material, and causes unfair harm to the legitimate interests of rights holders. Moreover, the commendable objective of not hindering the internet's development should not be prioritised at the expense of authors and holders of related rights.

7/ Some attempts have been made at a national level to remedy this situation, particularly as regards news aggregators and image search engines. Thus in Germany, the exclusive right of press publishers to authorise the making available of their content for commercial purposes has been recognised¹⁰². Similarly in Spain, the ambitious copyright reform announced on 14 February 2014 comprises a component on search engines and news aggregators, which are now obliged to pay fair remuneration for any use of short excerpts¹⁰³. In France, a parliamentary bill was submitted on 8 April 2014, recommending a mandatory collective management system for copyright covering image search engines¹⁰⁴.

8/ Nevertheless such solutions are isolated and are limited to certain categories of works and to certain service providers. Given the variety of providers covered by this privilege and the scale of use of the protected copyright works and material in question, such solutions do not go far enough to redress the transfer of value from which many operators benefit due to the online use of copyright works and material. Therefore we need to find a solution that benefits all right holders that have fallen victim to this transfer of value.

9/ One route may be to revise Directive 2000/31/EC to limit the scope of the conditional no liability regime, and to exclude its application to service providers which obtain economic benefits from the content that they store or transmit and compete with the normal exploitation of the copyright works and material. Nevertheless, such a solution has the disadvantage of dealing with a problem specific to copyright and related rights through a cross-disciplinary instrument.

10/ Finding a solution in the framework of Directive 2001/29/EC (whose revision is under discussion) therefore seems a wiser option. This would involve introducing a provision laying down an obligation for Member States to give fair compensation to rights holders for all uses of copyright works and material, which would be supported by some internet technical intermediaries.

11/ Such a solution would certainly be innovative as no comparable system exists at the current time, either on a European or international level. It is important to fully understand the proposal. It would not legalise illegal uses of protected content online,

¹⁰² § 87f Abs. 1 S.1 UrhG : "Der Hersteller eines Presseerzeugnisses (Presseverleger) hat das ausschließliche Recht, das Presseerzeugnis oder Teile hiervon zu gewerblichen Zwecken öffentlich zugänglich zu machen, es sei denn, es handelt sich um einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte".

¹⁰³ Referencia del Consejo de Ministros, 14 de febrero de 2014 (Spanish Government press release of 14.2.2014).

¹⁰⁴ Parliamentary Bill ['Proposition de loi'] no. 428 of 8 April 2014 presented by Senator Marini, establishing the collective management of the reproduction or representation rights for a work of graphical, plastic or photographic art by a search engine and referencing service. See explanatory statement, p.3: "Nowadays search engines, including Google, appropriate web images and make them available to the public without permission. These search engines have become the world's largest image banks, and enable images to be copied and re-used, with no remuneration or compensation being granted to the image creators. (...) Search engine and referencing services therefore cut short any remuneration that authors might receive from image banks offering a charged service to individual and professional users. Images referenced on search engines have also become a vital source for the reproduction of reduced image formats ('thumbnails') for computers, multimedia walkmans, phones and multimedia tablets. They make significant profits from this activity due to the volume of pages viewed and the traffic generated on their advertising space".

not even the uses that are classified as non-commercial¹⁰⁵. The sole purpose of the compensation in question would be to mitigate infringements to the legitimate interests of rights holders, resulting from the extension of immunity by Directive 2000/31/EC to certain internet stakeholders that are able to invoke such immunity. It would therefore in no way hinder infringement law suits for illegal acts of making available by users of these intermediaries. It also would not call into question the option of rights holders to negotiate licence agreements with entities which, by definition, cannot hide behind the status of technical intermediary as set out by Directive 2000/31/EC.

12/ It is important to determine, amongst the various categories of internet technical intermediaries, which ones perform acts to which the exclusive rights of authors apply. Entities that could be compared to hosting providers, such as in particular search engines, social networks and UGC platforms, perform acts of reproduction and/or communication to the public to which copyright and related rights apply. Thus, crawl copies and copies related to the storage of digital files incorporate copyright works and material to which the reproduction right applies. Similarly, providing hyperlinks that point to protected works constitutes, under certain conditions (met in particular by search engines) an act of communication to the public. Finally, the indisputable role occupied by certain platforms in enabling copyright works to be made available, coupled with these operators' awareness of their conduct, also enables acts of communication to the public to be attributed to them. This is a different case to internet service providers, who do not perform the acts of reproduction to which exclusive rights apply, or the acts of communication to the public. The service provided by ISPs is purely technical, and is limited to providing access to an infrastructure rather than to the protected content itself.

13/ Compensation would be payable by technical intermediaries and must be fair, in other words proportionate to the harm caused to rights holders. In this respect, the award of compensation in consideration for limiting the exercising of the rights does not present any major difficulty to implement. First and foremost, it would be clearly limited to exclusive rights covered by copyright and related rights, and would therefore exclusively benefit the rights holders of creative works and other copyright material. Secondly, the compensation amount could be adjusted according to the intermediary's business activity and the resulting harm to rights holders. Given that every category of intermediary concerned (including social networks, UGC platforms and search engines) would have to pay compensation, the amounts payable by each one would remain modest, and could be calculated based on usage studies. In addition, we do not see any justification for excluding uses related to illegal content from the scope. Given that this proposal aims to compensate the curtailing rather than the exclusion of the exclusive right caused by Directive 2000/31/EC, it is of little importance whether the content stored or transmitted by operators benefiting from this Directive was published online legally or illegally. Similarly, the fact that rights holders are unable to negotiate contractual conditions with intermediaries for the use of copyright works and material is separate to the legality of initial online publishing of the content.

14/ The main difficulty relates to the multiple locations of technical intermediaries' services. However the principles issued by the CJEU, particularly in the *Opus*¹⁰⁶ and *Amazon*¹⁰⁷ judgments, which grant the application of the fair compensation in force in the country of destination, may constitute a useful precedent for resolving this difficulty.

¹⁰⁵ In France, see the mechanism known as "rémunération proportionnelle du partage" (RPP – proportional remuneration for sharing) recommended by Hadopi and aiming to set up remuneration to compensate non-commercial exchanges, in return for which such use would become legal, www.hadopi.fr.

¹⁰⁶ CJEU, 16 June 2011, *Commission v. Portugal*, case C-462/09.

¹⁰⁷ CJEU, 11 July 2013, *Amazon*, case C-521/11.

In the interests of simplicity, effectiveness and fairness, compensation must be managed exclusively by the competent collecting societies in the country of destination.

15/ To conclude, it is essential, as part of the revision of Directive 2001/29/EC, to grant fair compensation for holders of copyright and related rights for the use that some information society service providers make of their copyright works and material, particularly operators of search engines, social networks and other UGC platforms. Indeed, these operators hide behind the immunity of Directive 2000/31/EC as applied by case law in the majority of Member States, as a basis to refuse to negotiate with rights holders, even though they are performing acts that are subject to exclusive rights and/or that contribute to the infringements committed by the users of their services. The European legislator must therefore intervene in order to re-establish a balance of the interests at stake, which currently are no longer safeguarded".

The following observations can be made on this proposal:

1/ The solution considered by SACEM is based on numerous studies conducted by it or on its behalf, or for certain partners. These works include a study by Ms Agnès Lucas-Schloetter on behalf of GESAC¹⁰⁸. Moreover, this study maintains that the route suggested by SACEM is one of the solutions that could be put forward in order to remedy the negative impact of the application of some solutions from Directive 2000/31/EC. In France, the SACEM initiative has gained the approval of all author and performer collecting societies, and some independent producers are likely to support it;

2/ In an extreme summary of SACEM's proposal, one might say that in certain scenarios, the solutions listed in Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC represent a 'limitation' of copyright and related rights, even though the exploitation monopoly fully applies to the act committed by some technical service providers;

3/ This assessment has two outcomes:

- 1 - The need for compensation for harm caused,
- 2 - Identifying the parties liable to pay compensation;

4/ In relation to the second outcome, we of course need to base our search on the activities described by Directive 2000/31/EC, in order to then determine which technical service providers perform such activities on certain occasions;

5/ We will not address here the radical opposition that exists between the legal assessments of European legislation conducted by the rights holders and those carried out by the technical service providers. We will observe however that the discrepancy that now exists between the scenarios originally set out by the European legislation and their application by the courts has been noted not only by rights holders, but also by France's highest-level institutions. The parliamentary report by senators Béteille and Yung (9 February 2011)¹⁰⁹ attests to this, as does the Conseil d'État 2014 report ¹¹⁰ (see below, 3.3.) ;

6/ Due to the variety of tasks carried out by the same company and the evolving nature of certain activities, meticulous classification work must be carried out. The same service provider might be given a variety of classifications according to the scenario in question. There is nothing particularly logical about the European Commission's reasoning in this area;

¹⁰⁸ See Agnès Lucas-Schloetter, Study requested by GESAC on the allocation of fair compensation payable by some information society service providers, April 2014.

¹⁰⁹ Information report on combating counterfeiting (<http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>), particularly recommendation no. 12.

¹¹⁰ 2014 annual study - *Le numérique et les droits fondamentaux* [Digital services and fundamental rights].

7/ Therefore, it may be that the same technical service provider might not be able to claim the same classification, even if an identical tool appears to have been used.

8/ One might add here, solely to substantiate the groundless nature of the solutions sometimes issued by the courts, that it is hard to see how the collecting of images conducted by a search engine is covered by one of the statuses set out by Directive 2000/31/EC. The technical service provider is clearly not in this case acting as a 'mere conduit', as defined by Article 12, nor is it performing 'caching'. Not only is the storage not temporary nor provided for the sole purpose of making more efficient the information's onward transmission, but indeed the service provider also modifies the stored content (re-dimensioning, fingerprinting recognition, signal processing, etc.). The French solution is based on this definition¹¹¹. Yet the technical service provider cannot claim the status of hosting provider either, since the thumbnails stored by it as part of its Images service are not stored "*upon the request of the recipient*" of the service. The stored content is in fact collected by the service provider, at its own initiative and under its own liability, generally without seeking the approval of the website publisher. Where the website's terms of use state clearly that images cannot be taken without permission, coverage by the hosting provider regime must be yet again dismissed. Finally, the service provider cannot invoke any no liability regime due to the fact that it conducts its business activity online. Recital 42 of Directive 2000/31/EC states that activities must have "*a mere technical, automatic and passive nature*", in the context of "*exemptions from liability established in this Directive*"¹¹² only.

3.2. Due to the existence of the three-step test, producer representatives request that some of the effects of Directive 2000/31/EC are dismissed from the field of literary and artistic property

Many producers recognise the merits of the observations made by SACEM, yet do not agree with conclusions made regarding these observations by authors and performers.

Two criticisms are made of the aforementioned case.

Firstly, the withdrawal of the precedence of exclusive rights on the pretext of the European Commission's immutable and incomprehensible opposition to any reopening of the e-commerce Directive. Producers point out that there is no reason to consider re-examining Directive 2001/29/EC, if Directive 2000/31/EC (older and above all more outdated as regards technological, economic and social developments) is allowed to remain untouched. In summary, the argument is made that if the existing Directives are going to be reopened, a broader case-by-case review should be carried out in order to conduct a more consistent re-examination. This is all the more important given that Directives 2000/31/EC and 2001/29/EC were drafted in consideration of one other, with a view to their entry into force at the same time¹¹³.

Yet supposing that Directive 2000/31/EC remains out of reach of any re-examination initiative, producers' second criticism of the case put forward by authors and performers that it is too reluctant.

¹¹¹ See the above-mentioned Aufeminin.com judgment issued by the Court of Cassation.

¹¹² See on this subject, CJEU, 23 March 2010, cases C-236/08 and C-238/08, Google v. Louis Vuitton Malletier.

¹¹³ On this subject see recital 50 of Directive 2000/31/EC, which states: "*It is important that the proposed directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society and this Directive come into force within a similar time scale with a view to establishing a clear framework of rules relevant to the issue of liability of intermediaries for copyright and relating rights infringements at Community level.*"

Indeed, the producers position themselves entirely in line with SACEM's arguments, pointing out that the ineffectiveness of the literary and artistic property rules caused by Directive 2000/31/EC requires more radical conclusions to be reached. Indeed, the limitation that has been observed in practice should be viewed as detrimental to the normal exploitation of copyright works and material, and as causing unwarranted harm to the legitimate interests of rights holders. Yet is this not precisely the undesired effect that the three-step test was supposed to eliminate?

Article 5 (5) of Directive 2001/29/EC, which echoes international solutions (Berne Convention [Article 9-2], World Trade Organization TRIPS Agreement [Article 13], WIPO treaties of 20 December 1996 [Article 10 of the Copyright Treaty and Article 16 of the Performances and Phonograms Treaty]), states very clearly that:

"The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder".

Of course, a 'special case' is lacking here in the sense of a copyright exception, but whether or not Directive 2000/31/EC produces effects comparable to a limitation of literary and artistic property rights should be considered. And such a limitation would be far less acceptable given that firstly, the making available of works online is far more common nowadays than it was in 2000, and secondly, the scope of Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC has been significantly extended by case law, to the point of including scenarios that are rather removed from those for which the adjustments to the general principle of liability were adopted.

One must conclude that these effects should not be permitted for the making available of intellectual works where such making available results in the consequences at issue.

Therefore, should the re-examination of existing legislation only cover Directive 2001/29/EC, producers agree that a new provision should be added to the *corpus* in order to clarify the cases in which the legislation of Directive 2000/31/EC should not be applied in the field of copyright and related rights, each time that the undesired effect is likely to arise. At the very least, they would like discussions to take place in order to consider, in consultation with other parties, the cases or scenarios in which the scope of Directive 2000/31/EC ought to be restricted.

This shift in the effects of Directive 2000/31/EC is all the more important when considering the European Union's international commitments and the industrial and economic data, 14 years after the Directive was adopted.

As regards the legal standards that are binding on the European Union, it should be reiterated in this respect that copyright and related rights are firmly rooted and have a particularly solid framework in international law, which is not the case for Directive 2000/31/EC. Directive 2001/29/EC however is based on the solid foundation comprising the WIPO 1996 copyright and related rights Treaties, together with the World Trade Organization TRIPS Agreements and the Berne Convention, which the WTO has ruled is applicable to all Member States under penalty of sanctions.

Moreover, intellectual property law forms an integral part of property law which is protected by Article 17 of the Charter of fundamental rights of the European Union, which states: *"Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest (...) Intellectual property shall be protected"*. European Court of Human Rights case law follows this premise¹¹⁴.

¹¹⁴ See on this subject: ECHR, 29 January 2008, Balan v. Moldavie no. 19247/03 which recognises copyright as a fundamental right and ECHR, 10 January 2013, Ashby Donald v. France, no. 36769 and 19 February 2013, Neij v.

Finally, it is important to acknowledge that the industrial and economic data of the 2014 digital network sector is entirely different to that which existed at the end of the twentieth century, when both Directives were drafted. The European Commission must be aware that internet stakeholders are no longer start-ups, but rather, on the contrary, global companies which lead market capitalisations and dominate the whole digital sector. In addition, it is noted that the digital network infrastructure, whose emergence the conditional no liability regime was supposed to promote, is now solidly established.

For all of these reasons, the time has now come to break free of this exceptions regime which causes harm to right holders. **If Directive 2000/31/EC is not reviewed, it would therefore be possible to limit its effects in the literary and artistic property field.** In order to compete with the global American and Asian giants in the domains of web communications and transmission equipment, Europe would certainly benefit greatly from making the protection of its creative assets more robust (the economic model for these assets being based on intangible formats), and from providing incentives to its economic stakeholders (who profit from works) to collaborate and enter into agreements with rights holders.

3.3. Some French institutions have called for the creation of a new specific status for certain internet technical service providers.

This request has already been made in the past, and is based on the observation of the inadequacy of the statuses set out by Directive 2000/31/EC in the light of changes to activities and practices. It is true that the solutions chosen by this European legislation date not only from the year 2000, but are the result of discussions that began long before, and in consideration of practices that are completely different to those that have since developed. And yet, case law continues to apply these old categories to new scenarios, which have nothing in common with some of the reasons that led to conditional no liability statuses being adopted.

Moreover, if the inadequate nature of the pre-existing categories is not resounding when the classification is made, it becomes brutally apparent when the inappropriate regime is applied.

It is therefore hardly surprising that not only stakeholders from the sectors in question, but also some of France's highest-level institutions are recommending changes to the solutions set out by Directive 2000/31/EC. There are two reports that we ought to focus on. The first was written by the Conseil d'État (3.3.1), and the second by the French Senate (3.3.2).

3.3.1. Recommendations of the Conseil d'Etat

In its annual 2014 study, entitled *Le numérique et les droits fondamentaux* [Digital technology and fundamental rights]¹¹⁵, the Conseil d'Etat makes 50 proposals "to ensure that digital technology serves both individual rights and collective interests". Admittedly, copyright is not a focus of the report's thinking, but some of the considerations are primarily inspired by literary and artistic property issues (or portrayed through the rationale generated by this area), and can therefore be extended to copyright.

Sweden, no. 40397/12, which accepts the legality of sanctions in the event of infringements.

¹¹⁵ See <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2014-Le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>.

Thus, proposal no. 3 recommends creating a new legal category of '*intermediary service providers*' to be distinguished from hosting providers referred to as '**platforms**': "*Such a definition would cover a group of stakeholders that are usually currently referred to as platforms, including search engines, social networks, content sharing sites (videos, music, photos, documents etc.), marketplaces, app stores, content aggregators and price comparison sites*".

The category would be 'open' and in the future likely to encompass new types of services that currently do not exist or are undergoing development. The clear objective is as follows: "*This definition aims to capture what characterises a platform, i.e. its role as an active intermediary in access to content, goods or services which it does not produce*". The category would be: "*distinguishable from that of a mere passive hosting provider*" and that of a publisher. It relates to "*content search or ranking services, goods or services published or provided by third parties and shared on the platform's website*".

The goal is to ensure that the platform is subject to a fairness obligation (proposal 6), and to effectively implement the right of removal (proposal 5).

The following observations¹¹⁶ were made at the beginning of the process. According to the Conseil d'Etat, "*the current category of hosting provider, defined by their*" technical and passive "*role and their lack of knowledge of and intervention in the stored information, no longer represents the reality of platforms, which play an active role of presenting, referencing and ranking*", in such a way that "*all of the major intermediary services used online might well lose their hosting provider classification and the civil and criminal liability regime attached thereto*".

Possible focus areas for the content of the obligations to be made binding on service providers therefore remain rather vague. However it should be noted that this bid to define a new status creating a new legal regime to be applied to certain stakeholders has been proposed in response to recommendations made three years earlier by the French Senate.

3.3.2. Recommendations of Senators Laurent Bêteille and Richard Yung

In their above-mentioned information report on combating counterfeiting, Senators Bêteille and Yung, noting the development of activity of digital networks, consider that it is time to "*question whether the hosting provider/publisher distinction is as relevant in 2010 as it was when it was created a decade ago*".

According to parliamentarians, the category of 'hosting provider' used by Directive 2000/31/EC and by the French transposed law¹¹⁷, "*has become more varied and obscure, leaving courts baffled and divided on how to interpret the legislation*". Many consider developments to be based on the fact the technical service providers have abandoned their purely passive storage roles in order to implement a more active approach, comprising information publication and the selling of advertising space, and seeking returns based on the success of the hosted content. In summary, seemingly due to the huge increase in such initiatives, Web 2.0 collaborative and community sites find themselves "*at the halfway point between hosting providers and publishers*". The Senators also note: "*strictly speaking, they cannot be classed as the former as they go beyond mere technical hosting, nor as the latter as they do not determine the content that they host. They could be classified as 'service publishers'*".

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 272 s.

¹¹⁷ Act no. 2004-575 of 21 June 2004 for confidence in the digital economy.

Yet, due to a case law approach dependent on "*an extensive concept of the 'passive' role occupied by internet stakeholders*", both national and international case law tends to accept the application of a hosting provider classification, even when the link to the original model is increasingly tenuous.

Therefore, having noted the increasing tenuousness of this classification and of the resulting compliance of the legal regime, the Senators decided that the time had come to update the legislation in order to enable a better understanding of the actual situation and more adequate regulations.

Senators Bétéille and Yung therefore wrote the following (p. 46 et seq.):

"Many of the people heard by your rapporteurs believed that the CJEU has approved a certain 'economic model of the internet' favouring the protection of major operators such as search engines, to the detriment of certain fundamental rights, with the most important of these being intellectual property rights. Consequently, your rapporteurs deem it necessary to make changes to the above-mentioned Directive 2000/31/EC¹¹⁸ in order to:

- Establish a third stakeholder category alongside those of hosting provider and publisher which could be classified as 'service publishers';*
- Apply an intermediary liability regime to it which is more lenient than that applied to publishers, but more severe than that applied to hosting providers.*

Regarding the first point, your rapporteurs believe that this new stakeholder category should be defined not on the basis of technical criteria which may soon no longer apply, making the Directive very quickly become obsolete, but rather on a simple and sustainable principle that a 'service publisher' is a company which gains a direct economic benefit from the viewing of hosted content. This is the case for companies which broadcast adverts for each content view, whether or not such content is illegal, or those who remuneration is proportional to the number of 'clicks' made on an advertiser's hyperlink. even when these advertisers are breaching the French Intellectual Property Code. (...)

Regarding the second point, your rapporteurs believe that the service publishers thus defined should be subject to a liability regime that is both more lenient than the regime applied to publishers, yet also more severe than that applied to hosting providers.

Indeed, they should be bound by a dual obligation:

- To put in place a simple warning or reporting system enabling rights holders or any web user to inform them of any hosted content that they deem to be illegal, particularly for infringements(...);*
- To put in place all appropriate means to ensure monitoring of the content that they host, particularly given that syntactic and semantic search tools together with image and sound recognition tools are now very effective. (...)*

As regards infringements, these systems of course depend on the involvement of rights holders, so that all copyright works can be identified by the recognition systems, which prevent unauthorised online publishing.

Such monitoring systems should be state of the art and thereby should use the most advanced technology. The system would therefore be based on an obligation of means rather than an obligation of results".

¹¹⁸ Our emphasis.

The Senators therefore propose (recommendation no. 12) to *"update Directive 2000/31/EC by:*

- *Creating the category of 'service publisher' alongside hosting provider and publisher, characterised by gaining a direct economic benefit from the viewing of hosted content;*
- *Imposing on 'service publishers' an obligation to monitor hosted content.*

Therefore, three different statuses could be set out:

Publisher (no change)	Service Publisher (new category)	Hosting Provider (no change)
Ordinary law liability regime: A publisher: - Has an obligation to identify the persons who creates the content that it hosts; - Has an obligation to monitor the content of published pages: This is an obligation of results rather than an obligation of means.	Intermediary liability regime: A service publisher: - Has an obligation to identify the persons who create the content that it hosts; - Has an obligation to put in place the means, using state of the art technology, to monitor the information that it transmits or stores, and to search for facts or circumstances which reveal illegal activity; This is therefore an obligation of means rather than an obligation of results; - May be held criminally liable or liable in a civil court if it has knowledge of activities or information that is clearly illegal, and it does not act promptly to remove such information or make it inaccessible.	Adjusted liability regime: A hosting provider: - Has an obligation to identify the persons who create the content that it hosts; - Does not have a general obligation to monitor the information that it transmits or stores, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity; - May be held criminally liable or liable in a civil court if it has knowledge of activities or information that is clearly illegal, and it does not act promptly to remove such information or make it inaccessible.

So what lessons should we learn from these proposals three years on?

One should firstly note that although this recommendation was very clearly the subject of much attention, it did not take effect, solely due to the institutional impossibility of its adoption by the French Parliament.

Indeed it seems, as the senatorial report states very clearly, that the transformation proposal involved "updating Directive 2000/31/EC". This is certainly also the opinion of the Conseil d'Etat which, in light of the recommendations made (see 3.3.1 above) indicated very clearly that European law needed to change, unless one were to opt for the route of soft law (platform commitment charters). Yet the search for the required harmonisation in this area will inevitably lead us towards an MoU-type European charter.

It should also be noted that **these proposals are not exclusive of other recommendations.**

Thus for example, when the report was adopted, the Court of Cassation had not yet issued the judgment in which it rejected the scenario of the '**take down, stay down**' option, which means that after the first notification¹¹⁹ warning the hosting provider of the presence of an illegal work, the technical service provider in question must take measures to prevent any file that reproduces the same work from being posted on the website again by a web user. It therefore prevents repeat offences following an initial take down. It does not matter whether the operation is performed by the same web user as the first, or is at the initiative of a third party.

¹¹⁹ Or any other process which makes the hosting provider aware of illegal content, as the Directive does not specify that a notification has to be used.

This is made relatively easy by the digital fingerprinting techniques which have been developed. Some examples of such techniques are the 'Signature' system offered by the INA [National Audiovisual Institute in France], 'content ID' set up by YouTube for moving images, and 'Audible Magic' for music. Other processes have also been developed. It is a case of selecting any system that produces a fingerprint that can be easily recognised, and that can identify beyond doubt the work in question. Its implementation in a database and in the technical service provider's system prevents a work which has already been proven to be illegal being reposted on a website.

Moreover, the use of this process has already caught the attention of other politicians, such as *député* Jean Dionis du Séjour, whose report¹²⁰ on the implementation of the Act for confidence in the digital economy [loi pour la confiance en l'économie numérique] agreed that the practice likely to be imposed on technical service providers did not contradict the prohibition of any general monitoring obligation as set out by Directive 2000/31/EC. His report states the following¹²¹: *"in this case, the court is not instituting a general monitoring obligation. What is being imposed is a specific monitoring obligation, applying only to the content which has been reported to the hosting provider as having been illegally distributed. The monitoring activities are therefore targeted"*.

The report by Mr Besson, then Secretary of State for the Digital Economy, which was submitted to the President of the Republic in Autumn 2008, took the same view (actions no. 31 et seq.).

Of course, obtaining a 'take down stay down' seems more uncertain now due to a case law movement related to the measures that can be obtained from certain technical service providers.

Indeed, the Court of Cassation sanctioned the cour d'appel's ruling imposing this procedure¹²². Yet this was undoubtedly because the measure required by the technical service provider was too general and contravened the case law of the Court of Justice of the European Union. The latter stipulates¹²³ that measures to be imposed on technical service providers must ensure a balance between on the one hand the freedom to provide online communication services to the public, freedom of expression and the protection of web users' personal data, and on the other hand copyright protection. They must also comply with the need for proportionality. Therefore they must be targeted, time-limited and not excessively expensive.

Yet is this not the case for existing technical means in this area? Insofar as they offer the option of preventing a new post, at a reasonable cost and within a certain timeframe, they constitute a targeted measure authorised by Article 8 (3) of Directive 2001/29/EC¹²⁴ and Article 15 (1)¹²⁵ of Directive 2000/31/EC.

Two sets of observations must however be made here on the initiatives that one might expect from the European Commission.

Firstly, it should be noted that some States have taken initiatives to **grant administrative authorities the powers to impose measures**. In France, Ms Imbert-Quaretta's report¹²⁶ suggests granting an administrative authority the power to assess measures that could be

¹²⁰ Report no. 627 by Mr Jean Dionis du Séjour and Ms Corinne Erhel on the implementation of Act no. 2004-575 of 21 June 2004 for confidence in the digital economy.

¹²¹ See the above-mentioned report, p. 31-32.

¹²² See the above-mentioned Google France/Bac Films judgment.

¹²³ See, in addition to the above-mentioned Scarlet Extended v. Sabam and Sabam v. Netlog judgments, the CJEU judgment of 27 March 2014, UPC Telekabel Wien GmbH, case C-314/12.

¹²⁴ Point 3 states: *"Member States shall ensure that rightholders are in a position to apply for an injunction against intermediaries whose services are used by a third party to infringe a copyright or related right."* This provision applies the principle set out by Article 14 (3) of Directive 2000/31/EC.

¹²⁵ Which only prohibits general monitoring obligations.

imposed on technical service providers. The specifically established administrative authority would be granted the *"power to order an online public communication website to suspend and prevent, for a specified period, the reposting of content on the site that has been reported to it as an infringement of copyright or related rights"*.

It would of course be constructive to see the European Union speak out on the possibility of promoting or even imposing similar initiatives that could strike a fair balance, while enabling better communication between the relevant parties. And it would certainly be desirable to give the appointed institution the **option of dealing with any technical service provider, whether or not such provider is covered by the list of activities described in Articles 12 to 15 of Directive 2000/31/EC**.

Our second set of observations begins with the statement that at the very least, it would be helpful to see European Union action to debunk perplexing national case law.

It should indeed be noted that the links between Directive 2001/29/EC, Directive 2000/31/EC and Directive 2004/48/EC are the source of discrepancies in the case law of various member States. Therefore in some States, it is impossible to obtain injunctions against intermediaries if their liability has not been established. And yet, the various legislation has clearly set out the option of implicating technical service providers, even if their liability has not been proven.

The European authorities have always clearly intended that the limitations of liability for intermediaries set out by Directive 2000/31/EC should not preclude the option of obtaining injunctions against them. Thus, the provision set out by Article 9 (1) (a) of Directive 2004/48/EC, which refers to Article 8 (3) of Directive 2001/29/EC, was adopted in complete consistency with the limitation of liability regime set out by Directive 2000/31/EC. Injunctions against intermediaries should not be viewed as sanctions against them, but rather as being based on the fact that these intermediaries are often in the best position to prevent or suspend online infringements to intellectual property rights.

This analysis is consolidated on reading recitals 23 of Directive 2004/48/EC¹²⁷ and 59 of Directive 2001/29/EC¹²⁸.

It is therefore **necessary**, should either of these legislative texts be reopened, that **the principle under which injunctions can be made against intermediaries whose services are used by the infringer as part of its infringing activities should be firmly reinforced, regardless of whether the intermediary's liability is or has been called into question**.

It is not necessary to look more deeply into the proposals made by the report. Above all, the priority is to highlight the fact that thought should be given both on a national and European level to potential new statuses, or to the planning of adjustments that could be made to those already laid down by Directive 2000/31/EC.

¹²⁶ Mireille Imbert-Quaretta., 'Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne' [Operational tools to prevent and combat online infringement] report to the Minister for Culture and Communication, May 2014.

¹²⁷ *"Without prejudice to any other measures, procedures and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary whose services are being used by a third party to infringe the rightholder's industrial property right. The conditions and procedures relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. As far as infringements of copyright and related rights are concerned, a comprehensive level of harmonisation is already provided for in Directive 2001/29/EC. Article 8(3) of Directive 2001/29/EC should therefore not be affected by this Directive"*.

¹²⁸ *"In the digital environment, in particular, the services of intermediaries may increasingly be used by third parties for infringing activities. In many cases such intermediaries are best placed to bring such infringing activities to an end. Therefore, without prejudice to any other sanctions and remedies available, rightholders should have the possibility of applying for an injunction against an intermediary who carries a third party's infringement of a protected work or other subject-matter in a network. This possibility should be available even where the acts carried out by the intermediary are exempted under Article 5. The conditions and modalities relating to such injunctions should be left to the national law of the Member States. "*

It is therefore relevant in this respect to cite work undertaken in France on potential changes to the e-commerce legal framework, and to mention one of the other focus areas proposed by Ms Imbert-Quaretta's report.

3.4. Solutions should be put in place to involve advertising and online payment operators in order to shut off revenue sources for certain service providers earning a living from infringements

The proposals set out here are taken from Mireille Imbert-Quaretta's report¹²⁹. They will add to the focus areas put forward by the above considerations. Unlike the previous point (3.3), the proposed approach does not create a new status, but rather suggests additional improved anti-infringement measures. Essentially, the main measure aims to raise awareness amongst and involve other network contributors in order to deprive the infringing websites or operators of their resources.

In a mission letter sent to Ms Imbert-Quaretta on 16 July 2013, the Minister for Culture and Communication requested the preparation of *"operational tools enabling the effective involvement of technical and financial intermediaries in preventing and combating online commercial infringements"*.

It should be immediately noted that the report's conclusions are not based on a purely defensive approach consisting essentially of the punishment of illegal acts, but on the contrary they are based on a more positive outlook which comprises several components. Together with the three components that have already been implemented: i.e. the development of an attractive legal offer, the criminal punishment of those responsible for serious and proven acts of infringement, and educating web users on the need to comply with copyright law, the report suggests adding a fourth dimension. This fourth dimension involves **involving intermediaries which, although not responsible for acts of infringement, gain revenue from websites that are heavily involved in acts of infringement, or which enable the monetization of such sites.**

As part of its proactive approach, the report suggests actions that could involve intermediaries within the e-commerce ecosystem which contribute to the economy of this ecosystem, in other words advertising and online payment operators. The report aims to be pragmatic by setting out a broader actions component and introducing four tools which are based on the current legal framework, and especially Directive 2000/31/EC:

- Sectorial charters developed with advertising and online payment operators;
- Public information on websites which are heavily involved in infringements of copyright and related rights;
- An extended take down injunction targeting certain infringing content (see 3.3. above) ;
- A provision for the long-term follow-up of judicial rulings on websites heavily involved with infringements.

As the report indicates, each of the four tools has been designed to be consistent with the three others, but may also be developed independently.

These routes offer additional resources for rights holders to use in order to combat large-scale online infringements of their rights, which do not constitute a first step for a referral to a judge. Therefore they do not replace court action by rights holders, who must continue to take

¹²⁹ Mireille Imbert-Quaretta, *'Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne'* [Operational tools to prevent and combat online infringement] report to the Minister for Culture and Communication, May 2014.

their own action to protect their copyright and related rights. They are therefore additional options which take into account technological advances and the development of new internet services since Directive 2000/31/EC was written. However, the tools must of course comply with the need for balance which has since emerged, particularly by taking into account digital networks and the need to uphold the freedom of innovation together with the free movement of information and ideas. This need for balance does not prevent targeted and effective measures being put in place to curb infringements.

The measures recommended for advertising and online payment operators are based on a rationale which did not exist when Directive 2000/31/EC was written, and which is currently referred to as '*follow the money*'. In other words, the planned measures aim to "*hit the wallet*" of websites which are "*heavily involved in infringement*". These websites, often domiciled abroad and constantly on the move, obtain the majority of their revenues from advertising and subscriptions.

The concept has previously been outlined as part of a mission that the Minister for the Digital Economy granted to Messrs Brochand and Sirinelli in 2011, with the aim of drafting codes of conduct and charters to be adopted by various stakeholders. However it was never brought to fruition due to narrow political agendas, and above all the need to identify international solutions.

The concept was readdressed in the Hadopi report of 15 February 2013¹³⁰, which emphasised the overriding role of advertising and online payment operators in the business activities and growth of websites heavily involved in infringements, either due to the proliferation of revenue-generating banner ads, or through the payment methods that they provide both for subscriptions and unit payments.

These considerations were extended as part of the report submitted by the Lescure mission¹³¹, which reiterated the analysis conducted under the European Commission's "Fight against counterfeiting and piracy" unit by recommending that this route be examined.

It would be worth examining this focus area again today, now that advertising and online payment operators are involved in combating online child pornography, money laundering and illegal gambling.

The problem is as follows: representatives from the advertising and payment services sectors are well aware of the adverse effects on their image of the use of their resources for acts of infringement. They would therefore be in favour of implementing measure to stop such acts. Conversely however, in order to act, they need to have access to sufficiently conclusive evidence in order to justify their intervention. They are of course reluctant to intervene when the situation is unclear, and are anxious to avoid rendering themselves liable to websites, other intermediaries or web users if their initiatives are deemed to be untimely or inappropriate.

Therefore, although online payment services may take some measures in order to stop specific acts (i.e. removing the right to use a payment method, indirect account closure, etc.), this is only after they have implemented procedures which enable certain infringements to be reported together with evidence and descriptions. Agreements have now been made between some service providers and rights holders, and some service providers already implement, in certain fields, methods that enable recorded offences to be followed up in order to limit cases of accounts being reopened under another identity. Yet these measures are insufficient.

Any solutions that are considered in the advertising sector should take into account changes to ad placement systems. In a 'performance' system, the advertiser does not buy a specific space

¹³⁰ Report of 15 February 2013 on ways of combating streaming and direct illegal downloads: http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_streaming_2013.pdf.

¹³¹ Pierre Lescure, "Act II of the cultural exception" mission, Contribution aux politiques culturelles à l'ère du numérique [Contribution to cultural policies in the digital age], May 2013.

as they would in the material world, but rather the communication of a message to a target audience. In other words, the advertiser does not know in advance where its ad will be placed. The situation is compounded by the use of automated processes. However, in areas other than literary and artistic property, advertisers have already implemented measures to avoid inappropriate associations (e.g. alcohol ads on sites aimed at minors). It should indeed be possible to configure the tools used in order to avoid placing ads on infringing websites. In order to do so however, the illegal literary and artistic property status of the relevant sites has to be known.

Ms Imbert-Quaretta's report suggests an extension of these initiatives in France through the signing of two sectorial charters, under the auspices of the public authority. According to the report (p. 11), *"the purpose of these charters is to define a framework for the involvement of advertising and online payment operators in the fight against online copyright and related rights infringements, and to set out specific terms for the intervention of such operators. It may be worth considering adding to these charters with other soft law instruments, particularly those relating to the major search engines and technical hosting providers (servers), so as to optimise the way in which reports of copyright infringements submitted to them by right holders are processed"*.

However, such initiatives will only succeed on two conditions:

- Such solutions cannot remain national, and it is crucial that they are passed on and developed at an EU level;
- A fast and reliable information source needs to be established on the status of the websites in question. Any uncertainty in this area will cause inaction, as both advertising and payment method professionals will be reluctant to act under doubtful circumstances, for fear of rendering themselves liable.

Of course the second condition gives rise to certain difficulties. It involves obtaining an objective assessment of the situation of the sites in question, but who from?

The objective assessment would ideally be provided through the intervention of the public authority, which would record infringements of exclusive rights (primarily from information provided by rights holders) and would make its observations public.

Many contributors from the relevant sectors immediately think of going to a judge in order to distinguish illegal sites from legal sites. Yet this route, if kept, would remove part of the effectiveness of the planned system, primarily for time or even procedural reasons.

Therefore should a new body be created? France is familiar with independent administrative authorities, but is this the case elsewhere?

In addition, such an institution would require resources and authority.

In any case, according to Ms Imbert-Quaretta's report, the public authority would have to be able to work in conjunction with other bodies, administrations or institutions in order to *"cross-compare a certain amount of data and analyses in order to reach an overall observation on the site, based on quantitative and qualitative evidence"*. For this, she would make use of quantitative and qualitative evidence relating both to the content and the economic models used¹³².

¹³² The Imbert-Quaretta report cites the following as examples (pp. 13-14):

- Quantitative evidence: The number of works published on the website without permission from right holders, particularly in relation to the total number of files hosted and the site's estimated traffic; the number and content of take down requests made by right holders, particularly in relation to the site's estimated traffic; the number of links pointing to illegal content, particularly in relation to the total number of links appearing on the website and its estimated traffic;
- Procedural and legal evidence: Due diligence in the removal of illegal works or links following a request by a right holder; transparency of the site managers (publication references, 'Whois' data, contact methods etc.) ; website's responses to any questions from the administrative authority; compliance with or failure to recognise extended take

It remains absolutely clear that even with such a streamlined process, information is rarely comprehensive. A website does not always contain only illegal content. Therefore, to what extent should the illegal nature of some of the content be allowed to contaminate the whole site, in order to justify overall prohibition measures? Such measures may seem too severe or even unfair, to the point of deterring payment service and advertising operators. On the contrary, the risk taken by the technical service provider in question may persuade it to take greater care over the content published. We deem that the solution should be customised according to the recipient of the measure and the severity of the monitoring obligation imposed on it.

Be that as it may, this route ought to be examined, and it would be helpful for France to encourage the European Union to develop its thinking on this topic.

In order to extend the solutions outlined by certain States, the European Union ought to consider implementing a new thought process alongside that planned for the re-examination of Directive 2001/29/EC.

In addition to the scenarios described by Ms Imbert-Quaretta's report, the initiative should maybe also take into account the situation of link databases, directories and even search engines.

Yet rather than promoting the development of contractual solutions which already exist in certain States, the European Union could lean towards solutions which promote widespread action.

Finally, many rights holders are sceptical and have called for the solutions to be listed in a European instrument which carries sanctions, rather than relying on self-regulation alone. While the advantage of codes of conduct is that they create 'virtuous circles' which are able to gain in strength and significance as a result of their success, there are always immutable pockets which only enforcement action can curb.

3.5. Provisional Conclusions

Four focus areas could be considered:

- The creation of a fair compensation system for rights holders by virtue of certain effects of the conditional no liability regimes set up by the e-commerce Directive (see 3.1).
- The exclusion (within the scope of copyright and related rights) of some of the effects of the conditional no liability regimes laid down by the e-commerce Directive (see 3.2).
- The adoption of new special statuses specific to certain technical service providers (see 3.3).
- The involvement of some advertising and payment method operators in the curbing of infringers' revenue sources (see 3.4).

These various solutions share the fact that they are all linked to the e-commerce Directive.

However, this Directive does not need to be reopened in order to put in place solutions 1 & 2.

down injunctions (see part 3) or court injunctions; appearance on similar lists in other countries, any national or foreign rulings on the website's activities;

- Qualitative evidence related to the content and economic model; type and content of adverts on the website; any IT security dangers for users (exploitation of flaws or inciting users to download malicious software); interaction (particularly financial) with other websites heavily involved in infringement, for example affiliation schemes; payment or absence of payment to uploaders depending on views of uploaded content; the types of benefits highlighted for site subscriptions.

It is entirely possible for the European legislator, without having to officially amend the legislative text of the European e-commerce Directive:

- To create a compensation system within the copyright and related rights instrument;
- To curb some of the effects of the conditional no liability regimes applicable to literary and artistic property.

Likewise, assuming that creation of a system aiming to involve all advertising and payment method operators would be best placed within new provisions of the e-commerce Directive, this solution can be reached by other means:

- Either by promoting solutions involving charters or soft law;
- Or, at least on a trial basis, by placing these solutions within the scope of copyright legislation where other sectors might be affected.

Only the creation of a new technical service provider status (intermediary between a hosting provider and a publisher) **would require an actual amendment to the e-commerce Directive.** We note **however** that **some of the effects sought in this way may be obtained within the scope of solution number 2, which recommends curbing some of the legislation's effects within the field of copyright and related rights**, both due to the specific nature of the topic and to the existence of technical measures which enable new obligations to be adopted.

Yet it remains that, for the sake of coherence and effectiveness, it would appear that the e-commerce Directive needs to be reopened, and at the very least Articles 12 to 15, in order to modernise a text which has become very outdated and which provides, in the light of its implementation by judges, inappropriate solutions to modern scenarios and developing uses.

We would like to see a request for the following, in conjunction with one of the above routes:

- The dispelling of doubts regarding the option of involving the technical service providers covered by Articles 12 to 15 in anti-infringement activities without holding them liable (see 3.3),
- The creation of an authority that can order technical service providers to take measures aimed at eliminating issues (see 3.3).

Summary of the Mission's Recommendations

The vast majority of contributors expressed their opposition to the reopening of Directive 2001/29/EC.

France's position is relatively easy to define: it does not accept the principle of reopening the Directive while the actual need for a re-examination of existing solutions has not been proven.

That said, the European desire for reform seems strong, as has been reaffirmed by Jean-Claude Juncker, the new European Commission President¹³³. Therefore, the mission proposes the following recommendations.

1 - Insisting on the need for and duty of coherence:

- Do not accept the principle of reopening Directive 2001/29 without also considering the principle of reopening Directive 2000/31/EC on electronic commerce, or at the very least Articles 12 to 15 of this legislation.
- In this respect, create a new status for certain technical intermediaries whose activities were little (or un-)developed in 2000.
- Even if Directive 2000/31/EC is not reopened, propose some solutions to mitigate some of the effects of the latter in the field of literary and artistic property.

It is entirely possible for the European legislator, within a copyright and related rights instrument:

- To create a fair compensation system;
- To curb, within the same framework, some of the effects of the conditional no liability regimes applicable to literary and artistic property;
- To create or establish a system aiming to involve some advertising and payment method operators:
 - Either by promoting solutions based on charters or soft law,
 - Or, at least on a trial basis, by placing these solutions within the scope of copyright legislation even if other sectors might be affected.

2 - Play an active role in negotiations following a decision to reopen Directive 2001/29

The following positions could be adopted in the three fields in which the Commission wishes to work:

2.1 - Regarding the monopoly:

Help the Commission to dispel the doubts resulting from CJEU case law:

¹³³ Mission letter of 10 September 2014: "copyright rules should be modernised during the first part of this mandate, in the light of the digital revolution, changed consumer behaviour and European cultural diversity".

- Work on clarifying the content of certain rules, by:
 - o Giving them more power (non-exhaustion of the distribution right in the case of the online supply of works),
 - o Settling any conflicts between standards (the requirement of the condition of a 'new public', which is unexpected given the Member States' international commitments).
- Ensure however, for reasons of substance as well as methodology, that the detail of the monopoly's structure is not rewritten, at the risk of ending up with an analytical concept of the monopoly and losing the flexibility of the current system which enables literary and artistic property rights to be spontaneously adapted to new uses.
- Invite the Commission, in the light of the term of protection of related rights, to reflect on the grounds for treating rights holders differently (caused by Directive 2011/77), and potentially to propose solutions to remedy these discrepancies.

2.2 - Regarding the exceptions:

2.2.1 Reaffirm the preference of copyright systems for an analytical exceptions structure.

In comparison with the American fair use system, highlight:

- The predictability of the solutions,
- The greater ease of harmonisation,
- The more secure nature of this structure.

2.2.2 In order to guarantee a greater predictability of solutions within the Union, ask the Commission to:

- Settle the issue of whether or not, in addition to setting a maximum ceiling for the freedom of users of works, the Directive also sets a minimum threshold when the exception is used (potential for Member States to choose an optional exception and set more draconian conditions for it than those set out by the European legislation);
- Clarify or confirm the content of a number of exceptions, so that the Court of Justice no longer extends their scope or reduces their basis to nothing, or even to avoid having to create a new exception;
- Settle the issue of interpretation methods to be used by judges in order to prevent the continuation of the current structure, whereby the Court of Justice of the European Union uses various methods with no apparent logic according to the scenario in question;
- Settle the issue of who the three-step test is for. Where required, promote the designation of national judges as triple test recipients, who could then use the test as a rebalancing tool for rights and interests.

2.2.3 Offer the Commission a logical guide providing grounds for the mandatory nature of the regime and the existence of certain exceptions:

Adopt the mandatory exceptions – apart from any international obligation – only insofar as (cumulative criteria):

- o Proof has been provided:
 - of the socio-economic need and
 - the cross-border effect of the use in question;
- o The process is made lawful through the use of objective criteria such as fundamental rights or the existence of a major sociological issue.

2.2.4 Propose a *modus operandi* to the Commission to enable any creation of new exceptions to be justified:

- Add to the above conditions and to the principle of compliance with the three-step test, the requirement to:
 - o Prove that the existing exceptions do not resolve difficulties, even with several changes made;
 - o Prove (in order to avoid reversing the principal/exceptions link) that the construction of a limitation of rights will not ruin the chance of being able to reach another type of solution already in place or under examination.
- Refuse to allow a new exception solely because it will be compensated (at the risk of circumventing the principle of compliance with the three-step test).
- Propose to the Commission that it explore the areas dealt with by CSPLA studies (transformative works, data mining, libraries etc.).

3 - Regarding territorial application:

Encourage the Commission to exercise the utmost care and not to give in to the easiest solutions.

Any reform process should:

- Take into account technological developments,
 - o not only in order to assess consumer aspirations,
 - o but also to evaluate potential technological answers to expectations.
- Aim to promote a new balance between content providers and distribution platforms.
- Ensure that it would not overturn the European economic model for production funding.
- Ensure that consumer requirements have not been met for the time being or could not be met in the future through other, primarily contractual means.
- Ensure that the solutions cannot be found in other legal disciplines.
- Ensure that the solution sought is fully based, in all cases, on the current movement whereby the rules of the country of reception, place of supply of services or country of the consumer increasingly take precedence over that of the country of origin, establishment or emission, particularly as regards taxation, the protection of fundamental rights and consumer protection.

Appendix 1: Mission Letter

Paris, on 28 May 2013

Professor Pierre Sirinelli

Dear Professor,

In its Communication on content in the Digital Single Market dated 18 December 2012, the European Commission indicated that it would complete its re-examination of the European Union copyright framework in 2013, by performing an impact study (particularly in the legal context), together with market studies and legislative drafting work. It set itself the objective of reaching *"a decision in 2014 whether to table the resulting legislative reform proposals. The following elements will be addressed: territoriality in the Internal Market; harmonisation, limitations and exceptions to copyright in the digital age; fragmentation of the EU copyright market; and how to improve the effectiveness and efficiency of enforcement while underpinning its legitimacy in the wider context of copyright reform"*.

With this in mind, I would like to entrust you with a mission on the issues surrounding potential changes to the European copyright and related rights framework, and primarily the possible revision, if planned, of Directive 2001/29 on copyright and related rights in the information society. Although there has been a lively debate on this topic over recent years both in academic and political contexts, I would like your mission to clarify in a practical manner the issues surrounding the very difficult decision on whether or not to opt for a revision, the advisability of which is not currently established, given the need to ensure the stability of the law and legal certainty for stakeholders.

The primary objective of the mission will be to make an assessment of the Directive approximately 12 years after it was adopted, while highlighting the main issues raised by its implementation. It should reposition the question of whether or not to reopen Directive 2001/29 in the context of other applicable international law (Berne Convention, WIPO Treaties, and TRIPS Agreements) in order to determine the specific challenges. It must take into account the most prominent contributions on the topic from legal theory, including official documents of the Member States that have made their position clear. The mission must ensure that the relevant aspects are presented in relation to the main points identified in

the Commission's communication of 18 December 2012, particularly the exceptions and their potential for greater harmonisation, the issue of the territorial application of rights, the true challenges of the fragmentation of the single market and the issues of effectiveness and the implementation of rights.

Such a mission is all the more justified given that Act II of the cultural exception submitted by Mr Pierre Lescure to the President of the Republic and to the Minister for Culture and Communication on 13 May 2013 states its support specifically for the protection and adaptation of literary and artistic property rights. The protection and adaptation of such rights are set to form the core of the High council's activities in the coming years, in accordance with future Government decisions.

I would like to thank you sincerely for having agreed to take on this mission, to which you are particularly well-suited given your eminent experience of the background issues, your vast academic recognition and your proven knowledge of the stakeholders in question, following the notable success of your work on publishing agreements for books. You will be supported by Christophe Pourreau, maître des requêtes of the Conseil d'État, and Alexandra Bensamoun, Senior Lecturer HDR at Université Paris-Sud. Given the European Commission's deadline of the beginning of 2014, we would be grateful if you could submit your findings to us by the end of 2013.

Yours sincerely,

Pierre-François Racine

Appendix 2: Questionnaire sent to contributing bodies

1/ The exploitation monopoly

Do you believe that Articles 2, 3 and 4 of Directive 2001/29/EC need to be adapted?

Do you think that more precise legislation would be required in order to cover some new acts of making available?

2/ Exceptions to the monopoly

Should the Article 5 list of exceptions be changed? If so, how? Should some be deleted? Should new ones be created?

Should the implementation conditions for some exceptions be reviewed?

Should some exceptions be made mandatory? Should some be protected? Is compensation necessary?

Please specify.

3/ MTP and MTI (Technical measures for the protection and identification of works)

What role should be granted to technical measures? Which one should be given precedence?

4/ Article 8 (3) of the Directive

What should be the regime for Article 8 (3), transposed into French law in Article L. 336-2 of the French Intellectual Property Code? What types of measures could be considered on the basis of Article 8 (3)? Could the route marked out by this provision be more thorough? If yes, how? What link should there be to the 'take down' procedures set out by Directive 2000/31/EC?

5/ Soft law

Should the implementation of codes of conduct be encouraged? And supported? In which areas?

6/ Openings and extensions

Are there fields in which harmonisation is required? Where relevant, should a framework for copyright agreements form part of this?

How could market defragmentation be improved?

Do the links between the various Community copyright Directives need to be revised? Are there any inconsistencies?

Do you think that any other issues should be raised as part of potential changes to Directive 2001/29/EC?

CSPLA members with access to studies comprising an initial assessment of the Directive's application on certain points may send them to the mission office. Members may also provide written answers.

Appendix 3: List of organisations and contributors

1/ Author and performer representatives

Administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI): Isabelle Feldman, Director of Legal and International Affairs, and Anne-Charlotte Jeancard

Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP): Marie-Anne Ferry-Fall, Managing Director, and Thierry Maillard, Legal Director

Conseil permanent des écrivains (CPE): Marie Sellier, President, Agnès Defaux, Vice-President for Images, and Emmanuel de Rengervé

European Grouping of Author and Composer Societies (GESAC): Véronique Desbrosses, General Secretary

Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD): Pascal Rogard, Managing Director, and Hubert Tilliet, Legal Director

Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM): David El Sayegh, General Secretary and Caroline Bonin, Legal Director

Société des arts visuels et de l'image fixe (SAIF): Olivier Brillanceau, Managing Director, and Agnès Defaux, Legal Director

Civil Society of Multimedia Authors (SCAM): Hervé Rony, Managing Director, and Marie-Christine Leclerc-Senova, Legal Director

Société des gens de lettres (SGDL): Jean-Claude Bologne, President, Valérie Barthez, Legal Director, and Geoffroy Pelletier, General Secretary

Société nationale des auteurs et des compositeurs (SNAC): Simone Douek, President, Jean-Marie Moreau, Honorary President, and Emmanuel de Rengervé, Executive Officer

Union nationale des syndicats d'artistes musiciens de France-CGT (SNAM-CGT): Laurent Tardif

Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA): Christian Roblin, Director, and Florence-Marie Piriou, Legal Director

Société de perception et de distribution des droits des artistes-interprètes (SPEDIDAM): Xavier Blanc, Director of Legal and International Affairs, and Denis Verrey, Director of Contracts and Disputes

Union nationale des auteurs et des compositeurs (UNAC): Dominique Pankratoff, President

Fondation Giacometti: Véronique Wiesinger, Director, Patrick Refalo, General Secretary, and Emilie Le Mappian, Legal Officer

2/ Publisher and producer representatives

Association des producteurs de cinéma (APC): Frédéric Goldsmith, Executive Officer, and Alexandra Winckler

Chambre syndicale de l'édition musicale française (CEMF) et société des éditeurs et auteurs de musique (SEAM): Philippine Girard-Leduc, Legal Director

Chambre syndicale de l'édition musicale française (CESDM): Angélique Dascier, Executive Officer

Syndicat des éditeurs de services de musique en ligne (ESML): Gilles Bressand, Executive Officer

Federation of European Publishers (FEP): Anne Bergman-Tahon, Director, and Liv Vaisberg, Legal Officer

Fédération française des télécoms (FFT): Jean-Marie Le Guen

Fédération nationale de la presse d'information spécialisée (FNPS): Laurent Bérard-Quélin, President of the Electronic Media Committee, and Boris Bizic, Legal Director

International Federation of the Phonographic Industry (IFPI): Olivia Regnier, Director of the European Office

Institut national de l'audiovisuel (INA): Mathieu Gallet, President, Jean-François Debarnot, Legal Director, and Marie-Laure Daridan, Head of Institutional Relations

Société civile des producteurs de cinéma et télévision (Procirep): Itzard Vanderpuy, General Secretary

Société civile des producteurs phonographiques (SCPP): Marc Guez, Managing Director, and Laurence Marcos, Legal Director

French Publishers Association (SNE): Christine de Mazières, Executive Officer, Lore Vialle-Touraille, Legal Director, and Catherine Blache, Head of European and International Affairs

Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP): Guillaume Leblanc, Executive Officer, and Alexandre Lasch, Legal Director

Syndicat des producteurs indépendants (SPI): Juliette Prissard, Executive Officer

Société civile des producteurs de phonogrammes de France (SPPF): Karine Colin, Legal Director

Canal + Group: Pascaline Gineste, Christine Nguyen and Séverine Fautrelle

Deezer: Adèle Zangs, Legal Director

Eurocinema: Yvon Thiec, Managing Director

Hachette Livre: Laure Darcos, Head of Institutional Relations

Reed Elsevier: Jean-Franck Cavanagh, Director of External Relations

TF1 Group: Jean-Michel Counillon, General Secretary, and Anthony Level, Legal Officer

Vivendi: Sylvie Forbin, Director of Institutional and European Affairs, and Marie Sellier, Director of Public Affairs and Intellectual Property

3/ Technical service provider representatives

Association des services Internet communautaires (ASIC): Giuseppe de Martino, President, and Benoît Tabaka, General Secretary

Apple: Marie Hugon, iTunes SARL

Google: Alexandra Laferrière, Director of Institutional Relations, Benjamin du Chaffaud, Senior Legal Counsel, and Cédric Manara, Copyright Counsel

Microsoft: Marc Mossé, Director of Institutional and Legal Affairs, and Quang-Minh Lepescheux, Legal Officer

Orange: David Grosz, Director of Legal Affairs, Orange TV

4/ User representatives

Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et amblyopes (CFPSAA): Sylvain Nivard, President, and Alain Lequeux, Vice-President

Interassociation archives bibliothèques documentation (IABD): Marie-Dominique Heusse and Michèle Battisti, Vice-Presidents

UFC Que Choisir: Karine de Krescenzo and Antoine Autier, Mission Representatives

5/ Other contributors

European Commission, DG Internal Market and Services, Intellectual Property Directorate: Maria Martin-Prat de Abreu, Head of Copyright Unit, and Jean Bergevin, Head of the Anti-Counterfeiting Unit

Hadopi: Jacques Toubon, Former Minister and Member of the Panel, and Sarah Jacquier, Legal Director

Contents

INTRODUCTION	2
1. A REVISION OF DIRECTIVE 2001/29/EC ALONE IS NOT CURRENTLY A HIGH PRIORITY IN THE AREA OF COPYRIGHT PROTECTION	3
1.1. The potential revision of Directive 2001/29/EC alone has prompted largely negative reactions	3
1.1.1. The mission endeavoured to hear all of the parties concerned by the revision of Directive 2001/29/EC.	3
1.1.2. The potential revision of Directive 2001/29/EC alone has prompted mainly negative reactions.	4
1.1.3. Technical service providers and some user categories are however in favour of revising Directive 2001/29/EC	6
1.2. The possibility of only Directive 2001/29/EC being revised, in favour of a relaxation of copyright rules, explains the content of these reactions.	8
1.2.1. The no liability regime for internet technical service providers has weakened copyright protection	8
1.2.2. The time has come to question the merits of maintaining this derogation regime	10
1.2.3. Harmonisation and a reduction of copyright protection do not seem appropriate	12
1.3. The European legal copyright framework should only be re-examined in a comprehensive and balanced manner	14
1.3.1. The revision of the European legal copyright framework must be comprehensive	14
1.3.2. The revision of the European legal framework should move towards consolidation of copyright protection	14
2. ALTHOUGH IMPROVEMENTS MAY BE SUGGESTED TO UPDATE DIRECTIVE 2001/29/EC, THE CONTENT OF THE PROTECTION SHOULD BE UPHELD	15
2.1. Economic rights must be upheld whilst maintaining the monopoly structure	15
2.1.1. The monopoly's boundaries need to be clarified	16
2.1.1.1 The legal definition of a monopoly.....	16
2.1.1.2 Potential changes.....	17
2.1.1.3 General proposals: Maintain the structure and clarify certain rules.....	23
2.1.2. The term of protection of certain rights related to copyright must be considered	24
2.2. Care must be taken when changing exceptions to the monopoly	25
2.2.1. The freedom given to Member States on the exceptions seems to be restricted due to the impact of case law	26
2.2.1.1 Legislator's precautionary approach.....	26
2.2.1.2 The judge's interventionist approach.....	26
2.2.1.2.1 The intervention framework.....	26
2.2.1.2.1 Critical assessment of the Court's intervention.....	30
2.2.2. Intervention in exceptions should be guided by a number of principles	30
2.2.2.1 Upholding the analytical system.....	30
2.2.2.2 Specifying whom the test is for.....	34
2.2.2.3 Clarifying the content of certain exceptions.....	35
2.2.2.4 Should some exceptions be mandatory?.....	37
2.2.2.4.1 General proposals based on the existing exceptions.....	37
2.2.2.4.2 Specific proposals based on new situations.....	40
2.3. The issue of the territorial application of rights should only be re-examined with the utmost care	46
2.3.1. The reasons put forward by producers to contest a calling into question of territorial application appear to have merit	47
2.3.2. Acting in the interests of consumers does not necessarily mean changing the substance of existing rights	49

3. THE REVISION OF DIRECTIVE 2001/29/EC ENTAILS A RE-EXAMINATION EITHER OF THE PROTECTION STATUS GRANTED TO SOME TECHNICAL SERVICE PROVIDERS BY DIRECTIVE 2000/31/EC, OR OF SOME OF THE EFFECTS OF THIS STATUS	51
3.1. Author and performer collecting societies suggest the creation of a system of fair compensation for rights holders	54
3.2. Due to the existence of the three-step test, producer representatives request that some of the effects of Directive 2000/31/EC are dismissed from the field of literary and artistic property	59
3.3. Some French institutions have called for the creation of a new specific status for certain internet technical service providers.	61
3.3.1. Recommendations of the Conseil d'Etat	61
3.3.2. Recommendations of Senators Laurent Bêteille and Richard Yung	62
3.4. Solutions should be put in place to involve advertising and online payment operators in order to shut off revenue sources for certain service providers earning a living from infringements	67
3.5. Provisional Conclusions	70
SUMMARY OF THE MISSION'S RECOMMENDATIONS	72
APPENDIX 1: MISSION LETTER	75
APPENDIX 2: QUESTIONNAIRE SENT TO CONTRIBUTING BODIES	77
APPENDIX 3: LIST OF ORGANISATIONS AND CONTRIBUTORS	78