

**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.

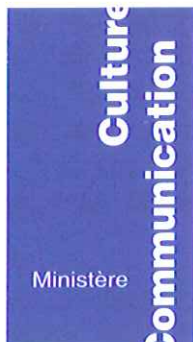
Dans une première partie, il dresse un bilan des auditions relatives à l'application de la directive 2001/29/CE et des réactions que suscite la perspective de sa révision.

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.

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, *cher Pierre,*

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 *et de mes sentiments très cordiaux.*



Pierre-François Racine

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 2000/31/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 Aufeminin.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 Immateriellt 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 fournie livre 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'Etat 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 Bétaille 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 maintien du 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.

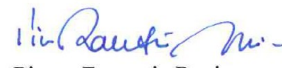
Cette mission aura d'abord pour objectif de dresser un bilan de la directive une douzaine d'années après son adoption en pointant les principales questions que pose son application. Elle pourra replacer la question d'une éventuelle réouverture de la directive 2001/29 dans le cadre du droit international 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 sentiment très sincère.*


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