



Avril 2015

NOTE DES AUTORITES FRANCAISES

Objet : Propositions des autorités françaises pour la modernisation du droit d'auteur dans le marché unique numérique

Dans le cadre de sa stratégie sur le marché unique numérique, la Commission européenne a annoncé qu'elle présenterait des propositions législatives sur la modernisation du droit d'auteur.

La présente note, alimentée par une vaste concertation¹ et par des échanges approfondis avec les institutions de l'Union européenne² et les partenaires lors de rencontres bilatérales de la France³, a pour objet de présenter **des propositions pour que cette modernisation du droit d'auteur permette à l'Union européenne d'atteindre ses objectifs de croissance et d'emploi, en soutenant la diversité culturelle et l'innovation.**

Avec 7 millions d'emplois directs et 4,2 % du PIB européen, selon l'Observatoire européen des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, le secteur de l'économie du droit d'auteur est un atout majeur de l'Europe, avec des leaders mondiaux et un vaste tissu de PME et de créateurs individuels. Ce secteur est une des forces de l'Europe dans l'économie numérique. La réforme des règles qui lui sont applicables doit donc plus que jamais préserver **l'objectif d'un haut niveau de protection de la propriété intellectuelle que le législateur de l'Union s'est toujours donné, tout en tenant compte de l'ensemble des parties prenantes et des objectifs d'intérêt public en cause, au premier rang desquels la diversité culturelle, l'innovation, l'éducation, la recherche et l'accès à la culture.** C'est à cette condition que le droit d'auteur permettra de continuer à créer de la valeur et des emplois en Europe.

Dans ce contexte, **toute réouverture du cadre législatif applicable doit être étayée sur des faits et fondée sur des études d'impact approfondies** de nature à démontrer tant la réalité des besoins auxquels des réponses sont apportées que les conséquences escomptées pour la création de richesses, les emplois et la diversité culturelle en Europe. Le fait que la Commission européenne envisage maintenant de passer rapidement à une action législative sur la réforme du droit d'auteur, alors qu'elle avait finalement renoncé en 2014 à adopter un livre blanc en la matière, ne rend que plus impérative la production de ces études d'impact sur chacun des sujets envisagés. Les principes

¹ Cf. Pierre Sirinelli, : *Rapport de la mission du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique 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*, rapport remis à Mme la ministre de la culture et de la communication, décembre 2014.

² Cf. notamment le séminaire tenu à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne le 3 février 2015 en présence de représentants du Parlement européen, de la Commission européenne et des Etats membres, ainsi que la première réunion de l'Intergroupe sur les industries culturelles et créatives le 3 mars 2015 au Parlement européen à l'invitation de Mme Pervenche Bérès et de M. Christian Ehler, en présence de Mme Fleur Pellerin, ministre française de la culture et de la communication, et de Mme Monika Grütters, déléguée fédérale allemande à la culture et aux médias.

³ Cf. notamment les conclusions et déclarations adoptées à l'occasion du Sommet franco-espagnol du 1^{er} décembre 2014, des consultations gouvernementales franco-polonaises du 30 janvier 2015, du Sommet franco-italien du 23 février 2015 et du Conseil des ministres franco-allemand du 31 mars 2015.

de subsidiarité et de proportionnalité devront guider la modernisation en vue d'une action à la fois ciblée dans son objet et ambitieuse dans la vision qu'elle doit se donner pour le droit d'auteur à l'ère numérique.

Toute réouverture du cadre européen applicable en matière de droit d'auteur doit donc être l'occasion de progresser dans la définition d'une réponse européenne aux quatre priorités suivantes : rémunération de la création et partage de la valeur avec les acteurs numériques (1), respect effectif du droit d'auteur (2), amélioration de la portabilité des contenus et de l'interopérabilité des formats dans le respect des règles de territorialité (3) et enfin accès au savoir par le développement prioritaire des licences plutôt que la prolifération sans contrôle des exceptions (4).

*

1 – Rémunération de la création et rôle des acteurs numériques : vers un partage de la valeur qui pérennise la création de contenus en Europe en intégrant dans l'application du droit d'auteur tous les acteurs qui jouent un rôle important dans la mise à disposition des œuvres

La première priorité de toute modernisation du droit d'auteur doit être de lui permettre de mieux réaliser son objet principal, qui est de garantir les droits des créateurs ainsi que la rémunération de leur effort créatif et de leur contribution à l'innovation, tout en assurant l'équilibre des droits et des intérêts concernés. Doivent en particulier être pris en compte les auteurs, les artistes, les entreprises impliquées dans la production, l'édition, la diffusion et l'exploitation des œuvres ainsi que l'ensemble de la société, y compris les secteurs intéressés par l'innovation, l'éducation et la recherche. La réforme du droit d'auteur intéresse en effet tous les citoyens, aussi bien en tant que consommateurs ou utilisateurs qu'en tant que créateurs actuels ou potentiels.

Pour rendre le droit d'auteur pleinement efficace à l'ère numérique, il faut donc l'axer sur le partage de la valeur. Ce partage de la valeur doit permettre que, dans l'environnement numérique, les artistes et les auteurs puissent continuer à vivre de leur création et que les secteurs culturels apportent toute la contribution dont ils sont capables à l'emploi et à la croissance en Europe, que ce soit dans le cadre de modèles d'affaires existants ou par l'émergence de nouveaux modèles d'affaires.

L'enjeu central de la réflexion sur la chaîne de valeur est celui du rôle des intermédiaires de l'internet offrant les services de partage et d'accès aux œuvres massivement utilisées par les Européens. Riches d'une immense promesse de diffusion et d'accès à la culture et au savoir, ces intermédiaires de l'internet représentent un enjeu central dans la modernisation du droit d'auteur. Pour autant, il est légitime que ces intermédiaires de l'internet qui tirent profit de contenus qu'ils rendent accessibles au public sans encourir de coût spécifique à ce titre et sans participer au financement du contenu qu'ils contribuent à diffuser et valoriser soient pleinement intégrés dans le champ d'application du droit d'auteur et des droits voisins et que leur rôle y soit précisé, compte tenu des évolutions fondamentales de la chaîne de valeur. Dans l'attente de cette modernisation de la directive 2001/29, des solutions sont en cours d'expérimentation. A titre d'illustration, les importants travaux conduits dans plusieurs Etats membres sur la reconnaissance de droits voisins au profit des éditeurs de presse ont montré que des réponses sont activement recherchées dans toute l'Europe à cette problématique. Il faut que le débat européen sur la modernisation du droit d'auteur se donne pour priorité de progresser dans cette démarche de recherche d'un partage équilibré de la valeur.

Dans cette perspective, il apparaît urgent de définir un nouveau statut pour les intermédiaires de l'internet dans la directive sur le droit d'auteur. Il s'agit de réexaminer, dans ce contexte particulier de l'application et de la protection du droit d'auteur le statut d'hébergeur défini par les articles 14 et 15 de la directive sur le commerce électronique⁴ ainsi que certaines de ses conséquences.

Défini à la fin des années 1990 pour des intermédiaires techniques au rôle purement passif, pour l'ensemble des activités de commerce en ligne, et restant pleinement pertinent pour ces acteurs au rôle purement technique, automatique et passif, ce statut est aujourd'hui également applicable à des acteurs dont les activités dépassent pourtant largement celles des intermédiaires techniques et qui mettent en ligne des contenus protégés par le droit d'auteur. Or, certains d'entre eux jouent désormais un rôle central dans l'accès aux contenus protégés en Europe tout en restant placés largement hors du champ d'application des obligations du droit d'auteur et des droits voisins, notamment en matière de rémunération de la création. **Ces intermédiaires de l'internet peuvent interagir à divers degrés sur l'offre de contenu proposé** : elles jouent des rôles divers, allant de la présentation, la sélection, la promotion, l'affichage, la mise en ligne, la distribution, à la valorisation de contenus, par exemple en tant que régie publicitaire. **Elles jouent en toute hypothèse un rôle central dans l'accès des citoyens européens aux œuvres de l'esprit. Pour autant, elles bénéficient d'une limitation voire d'une absence de responsabilité sur le fondement de l'article 14 de la directive commerce électronique⁵.**

Cette situation n'est pas satisfaisante et il est impératif qu'à ce rôle central dans l'accès aux contenus réponde un statut plus adapté au regard du droit d'auteur et des droits voisins.

Le fait que certains intermédiaires de l'internet aient mis en place de façon volontaire des dispositifs de marquage des œuvres ou conclu des accords dits de « monétisation » au titre du partage des contenus protégés doit bien entendu être salué. Cela ne saurait néanmoins en aucune manière dispenser d'une amélioration du cadre juridique européen pour assurer une meilleure application du droit d'auteur et des droits voisins à leurs activités. Bien au contraire, ces initiatives témoignent à tout le moins d'une reconnaissance de la légitimité de la rémunération des créateurs. Elles sont insuffisantes à elles seules car la rémunération des titulaires de droit d'auteur et droits voisins ne saurait uniquement dépendre d'initiatives volontaires et quasi unilatérales des acteurs les plus puissants. L'impératif de rémunération de la création doit au contraire être formalisé et organisé sans discrimination dans un cadre juridique approprié, garant de l'ensemble des intérêts publics en cause et facteur d'une concurrence équitable entre les opérateurs.

Pour ce faire, les autorités françaises jugent indissociable de toute réforme du droit d'auteur la définition d'un nouveau statut au sein de la directive 2001/29⁶ conférant aux intermédiaires de l'internet des devoirs spécifiques et une responsabilité lorsqu'ils jouent un rôle actif tel que la présentation, la sélection, la promotion, la distribution, ou la valorisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou les droits voisins sans le consentement explicite de son auteur ou de son ayant-droit. La création de ce nouveau statut permettra d'assurer la pleine intégration au champ d'application du droit d'auteur et des droits voisins de fournisseurs de services qui jouent d'ores et déjà un rôle central dans l'accès du public aux contenus protégés, et qui devraient continuer à jouer

⁴ Directive 2000/31/CE 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.

⁵ Afin d'approfondir ces propositions, une mission a été confiée le 8 avril 2015 au Professeur Sirinelli et à Mme Alexandra Bensamoun, : <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Politiques-ministerielles/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux-du-CSPLA/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-une-meilleure-articulation-entre-les-directives-2001-29-societe-de-l-information-et-2000-31-commerce-electronique>

⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information

ce rôle dans le cadre d'un statut juridique plus adapté à la réalité de leur fonctionnement.

Elle doit en même temps constituer un jalon essentiel dans la définition du cadre juridique d'ensemble à définir pour les intermédiaires de l'internet, au-delà même du champ du droit de la propriété intellectuelle. L'objectif devra être d'assurer le plein respect du droit et des valeurs de l'Europe dans l'environnement numérique, notamment en allant, pour celles d'entre elles qui jouent, par leur audience massive, un rôle central dans la vie des Européens, vers l'obligation d'identifier des représentants légaux et de se conformer aux obligations juridiques qui correspondent à leur influence et à leur importance dans la poursuite des objectifs d'intérêt général que s'assignent l'Union européenne et ses Etats membres.

La modernisation du droit d'auteur dans le cadre du marché unique numérique doit en premier lieu se concentrer sur le partage de la valeur pour assurer la rémunération des créateurs. La priorité, dans cette perspective, est de veiller à la pleine prise en compte des droits des titulaires notamment au moyen d'une responsabilisation des intermédiaires de l'internet qui jouent un rôle actif dans l'accès, la présentation, la sélection, la promotion, l'affichage, la mise en ligne, la distribution, et la valorisation des œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins.

2- Pour un respect effectif du droit d'auteur et des droits voisins : impliquer l'ensemble des acteurs en profitant de la réouverture du cadre juridique européen pour assurer l'édiction d'injonctions efficaces, faciliter l'application des décisions judiciaires d'un Etat membre à l'autre et inciter à la définition de diligences raisonnables et la conclusion d'accords avec tous les professionnels concernés

La modernisation du droit d'auteur doit également viser à en assurer une mise en œuvre plus efficace en luttant contre les sites de diffusion massive de contenus illicites, qui spolient les créateurs de leurs droits et détruisent de la valeur en alimentant l'économie illégale. La lutte contre la contrefaçon et le piratage doivent donc être une priorité partagée au plan européen. C'est en effet au plan européen que peuvent être accomplis des progrès décisifs, compte tenu de la nature transfrontière de l'internet.

En complément de la définition d'un nouveau statut pour les intermédiaires de l'internet afin qu'ils participent de façon effective à la protection du droit d'auteur et des droits voisins, il convient de renforcer l'efficacité des injonctions à l'égard des opérateurs les mieux à même de mettre fin aux atteintes à ces droits en application de l'article 8 de la directive 2001/29/CE. **Il convient de garantir aux titulaires et ayant-droits des mécanismes plus efficaces et pan-européens pour obtenir le prononcé et la mise en œuvre des injonctions prononcées par les tribunaux.**

En premier lieu, il est nécessaire de clarifier l'application de l'article 8, paragraphe 3 de la directive 2001/29/CE en précisant explicitement dans cet article que des injonctions peuvent être prises sur son fondement sans préjudice du régime de responsabilité applicable en vertu de la directive 2000/31/CE ou de la directive 2001/29 révisée en fonction des demandes des autorités françaises indiquées supra. De telles injonctions prononcées par des juridictions peuvent être un outil essentiel pour mettre fin à des atteintes aux droits en ligne dès lors que des procédures efficaces sont définies pour en assurer l'édiction dans des délais rapides et, le cas échéant, l'actualisation, pour les mesures de blocage, selon des modalités adaptées. La jurisprudence de la Cour de justice peut, sur ce point, venir éclairer la réflexion de la Commission.

La Cour a en effet eu l'occasion de se prononcer sur la légalité de ces injonctions au regard du droit de l'Union. A cette occasion, elle a pu rappeler qu'un tel système d'injonction assorti d'une obligation de moyens est bien conforme au droit de l'Union et n'entre pas en contradiction avec les droits garantis par la Charte des droits fondamentaux.⁷

En deuxième lieu, il importe d'assurer l'application plus rapide et plus facile dans l'ensemble de l'Union européenne des mesures judiciaires prononcées pour la protection des droits⁸.

Il faut rechercher tous les moyens d'assurer la pleine efficacité de cette réforme car la situation actuelle n'est pas satisfaisante pour la protection des droits dans l'Union.

Enfin la mise en œuvre effective du droit d'auteur et des droits voisins passe par l'implication de l'ensemble des acteurs économiques actifs dans l'environnement numérique. Dans le cadre d'une approche visant à « frapper aux portefeuilles » les opérateurs de sites massivement contrefaisants (« follow the money »), d'intéressantes initiatives ont été menées dans plusieurs Etats membres. En France, une charte a été élaborée entre les acteurs de la publicité et les ayants droits et un comité de suivi est constitué pour en assurer la mise en œuvre. Celle-ci reposera sur la définition par les professionnels concernés de listes de sites avec lesquels ils s'abstiendront de traiter. Une mission a été engagée suivant la même logique auprès des fournisseurs de solutions de paiement.

De telles initiatives, activement suivies par la Commission européenne dans le cadre de son plan d'action pour la lutte contre les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, mériteraient de faire l'objet d'une **démarche législative** destinée à en favoriser la réalisation. L'objectif est de renforcer les obligations de diligences raisonnables à la charge de l'ensemble des intermédiaires et d'examiner en détails le rôle que les moteurs de recherche, les fournisseurs d'accès internet, les systèmes de paiement et les autres opérateurs pourraient jouer pour mieux informer les usagers sur le caractère illicite de certains sites et pour délistier ou faire descendre dans l'ordre des priorités les sites qui offrent massivement des accès illicites à des œuvres protégées. La Commission pourrait ainsi faire des propositions de nature législative avec l'objectif d'assurer la mise en œuvre de mécanismes ayant fait leurs preuves.

La lutte contre le piratage appelle, outre une redéfinition du champ d'application du statut des hébergeurs, une clarification de la possibilité d'adresser des injonctions à tous les intermédiaires dont les services sont utilisés pour la mise à disposition illicite de contenus protégés. Elle passe également par une réflexion et des propositions pour assurer l'efficacité des mesures d'injonctions prononcées par les juridictions des Etats membres. Enfin, il faut assurer l'implication de tous les acteurs économiques concernés, en particulier les acteurs de la publicité, les fournisseurs de solution de paiement et les moteurs de recherche par la définition d'obligations de diligences raisonnables et l'incitation forte à la conclusion d'accords entre professionnels.

⁷ Arrêt de la CJUE du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien GmbH, C-314/12, point 63

⁸ La récente refonte du règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit règlement « Bruxelles I » (règlement n°1215/2012/UE entré en vigueur le 10 janvier 2015) simplifie les procédures d'exécution et de reconnaissance des jugements d'une juridiction d'un autre Etat membre. Pour autant, il ne modifie pas les règles de compétence actuelle selon lesquelles, en cas d'atteinte au droit d'auteur du fait de la mise en ligne sur un site Internet de contenus protégés, le dommage peut être matérialisé dans tout Etat membre où le site est accessible (CJUE, 22 janv. 2015, C-441/13, Hejduk), ce qui fonde la compétence du juge de cet Etat, mais ce juge ne peut connaître que du seul dommage causé sur le territoire dudit Etat membre (CJUE, 3 oct. 2013, C-170/12, Peter Pinckney).

3 – La territorialité des droits comme garantie de la diversité culturelle : la réponse à la demande d'accès aux œuvres par-delà les frontières appelle des solutions proportionnées et respectueuses de la spécificité de l'économie du droit d'auteur, et notamment de la production audiovisuelle, et doit se concentrer sur la portabilité des contenus et l'interopérabilité des formats

La Commission européenne a mis au premier rang de ses priorités pour l'établissement du marché intérieur numérique l'amélioration de l'accès à travers les frontières aux biens et services proposés en ligne.

La France partage pleinement cet objectif mais souhaite que sa réalisation soit élaborée sur le fondement d'études d'impact détaillées et de réponses adaptées à la réalité des enjeux plutôt qu'au travers de solutions disproportionnées et non maîtrisées. En effet, sur ces sujets, les études commandées et rendues publiques par la Commission européenne⁹ ont montré jusqu'ici que la mise en place de licences obligatoirement paneuropéennes ou la remise en cause de la territorialité ne pouvaient constituer à eux seuls un objectif de politique européenne pertinent, sans prise en compte des caractéristiques du secteur et des conséquences des scénarios alternatifs envisagés. Par ailleurs, en ce qui concerne le droit d'auteur au titre des exploitations en ligne de la musique, la priorité doit être d'assurer la transposition de la directive 2014/26/UE relative aux licences multi-territoriales pour la musique en ligne.

Toute initiative en la matière doit partir d'une analyse précise des particularités de l'économie du droit d'auteur, et notamment du financement de la production audiovisuelle, à défaut de quoi l'Europe s'exposerait à de graves conséquences pour la croissance, l'emploi et la diversité culturelle.

Le cadre territorial d'attribution des licences en matière de droit d'auteur et droits voisins est le fondement de l'économie de ce secteur et s'appuie sur des racines culturelles et sociales profondes qui trouvent leur origine dans la diversité linguistique et culturelle de l'Union européenne. C'est parce que les œuvres de l'esprit trouvent en Europe leur public le plus souvent en premier lieu au sein de bassins culturels et linguistiques nationaux, où sont définies des stratégies d'éditorialisation et de traduction appropriées aux attentes du public, que la territorialité est une composante fondamentale du régime juridique applicable. Elle n'interdit en aucune manière la conclusion de licences multiterritoriales, qui se développent dans tous les cas où elles répondent à des attentes concrètes du public et permettent de créer de la valeur. Ces licences ont d'ailleurs accompagné l'essor des services en ligne et sont de plus en plus fréquentes. C'est notamment le cas dans la musique qui constitue un secteur qui se prête plus aisément à ces licences multiterritoriales.

En revanche, toute initiative qui, au mépris de la liberté contractuelle, imposerait la conclusion de telles licences dans des hypothèses où elles ne répondent pas aux attentes du marché, serait gravement préjudiciable. La réalisation d'un marché unique numérique doit consister à supprimer les entraves au développement des offres - et non pas à se voir obligé de faire certaines offres qui ne correspondent pas à une demande effective. Dans le domaine audiovisuel par exemple, la demande portant sur des offres transfrontalières ne justifie, pour une proportion importante des contenus, que l'exploitation soit opérée à l'échelle paneuropéenne. Les acteurs du secteur devraient donc

⁹ Cf. notamment : *Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU*, Charles River Associates, mars 2014 (http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/1403_study1_en.pdf) et *Multiterritorial Licencing of Audiovisual Works in the European Union*, Kern European Affairs, Octobre 2010 (résumé en français : http://ec.europa.eu/archives/information_society/avpolicy/docs/library/studies/multiterr/exec_sum_fr.pdf).

demeurer libres d'adapter leurs pratiques contractuelles à une demande qui porte une forte dimension locale, pour promouvoir la diversité linguistique et culturelle. C'est pourquoi le marché intérieur numérique doit prendre en compte la spécificité, au plan économique comme culturel, des licences en matière de droit d'auteur et de droits voisins comme l'a toujours fait le cadre juridique européen applicable.

Cette spécificité du droit d'auteur se double d'une autre spécificité : celle du secteur de l'audiovisuel et du cinéma, dans lequel le régime de territorialité constitue la clef de voûte d'un système de financement fragile.

Les effets bénéfiques/pro-concurrentiels liés aux exclusivités territoriales sont largement documentés. En effet, confier un droit d'exploitation exclusif à un distributeur lui permet d'entreprendre des efforts de promotion de l'œuvre sans craindre qu'un concurrent qui n'a pas supporté ces investissements n'en retire les fruits. De même, l'exclusivité territoriale permet de répondre à la diversité culturelle et à une logique d'amortissement des investissements et d'un bénéfice raisonnable eu égard aux risques pris. Enfin et surtout, l'exclusivité accordée au distributeur lui garantit des revenus suffisants pour qu'il accepte, à l'avance, de soutenir financièrement la création par le mécanisme des préventes. La remise en cause des exclusivités menacerait donc l'ensemble du circuit de la création audio-visuelle.

C'est pourquoi les 31 Agences européennes compétentes en matière de film ont marqué avec force, à travers la résolution de mars 2015, que « Fabriquer un film est un processus complexe impliquant différents types de soutiens et de mécanismes financiers (investisseurs privés, coproducteurs, agents commerciaux, distributeurs, financements publics etc.). C'est aussi une entreprise risquée où le succès n'est jamais garanti. **La liberté contractuelle des producteurs, agents commerciaux et distributeurs d'exploiter l'œuvre qu'ils produisent, prennent sous licence et distribuent sur une base territoriale doit être préservée. L'attribution de licences territoire par territoire est essentielle pour lever des financements pour des productions audiovisuelles de tous les genres et par là même offrir une diversité culturelle** au bénéfice des publics à travers toute l'Europe. »¹⁰

Toute remise en cause du cadre territorial d'attribution des licences, que ce soit sous la forme d'un principe du pays d'origine, d'interdiction de restrictions de vente passive, de limitation des conditions dans lesquelles la liberté contractuelle peut définir des exclusivités de distribution géographique, ou d'obligation de création d'un titre unitaire pan-européen au-delà des dispositions du titre III de la directive 2014/26, notamment dans le domaine audiovisuel, serait donc facteur d'appauvrissement de la création en Europe, au détriment de la croissance, de l'emploi et de la diversité culturelle. Elle conduirait à une grave concentration, au bénéfice d'ailleurs d'acteurs extra européens, tant dans le domaine de la création que dans celui de la distribution de contenus. Il convient de permettre aux auteurs, producteurs et distributeurs de définir librement entre eux, en fonction de leurs conditions d'accès aux financements, de leurs répertoires, de leurs possibilités de valorisation des œuvres et de leur analyse de la demande et de sa solvabilité de définir leur offre.

¹⁰ *Les éventuelles réformes aux règles de l'Union européenne en matière de droit d'auteur : une première vision de la part des Agences européennes du film*, résolution des EFAD (European Film Agency Directors), Mars 2015 : <http://www.efads.eu/news/resolution-on-the-potential-reforms-to-european-union-copyright-rules.html>

Dans ce contexte, la priorité doit être non pas d'imposer aux opérateurs un accès transfrontières aux œuvres indépendamment de la demande actuelle ou potentielle, de leurs partenariats, et de la composition de leur portefeuille d'œuvres, mais d'améliorer la portabilité de l'accès aux offres de services en ligne à travers l'Europe, c'est-à-dire la possibilité, pour un consommateur qui a souscrit un abonnement dans son pays d'origine, d'accéder aux contenus lors de ses déplacements dans d'autres Etats membres. Il serait nécessaire que la portabilité s'appuie sur des solutions de marché et qu'elle permette une rémunération adéquate des titulaires de droits. Dans le cadre de l'exercice Licences pour l'Europe, des engagements ont été souscrits en la matière, notamment par les acteurs de l'audiovisuel. Sur la base d'un bilan de ces engagements, il convient désormais d'envisager un effort renouvelé en la matière.

En parallèle, l'effort doit porter sur le sujet de **la portabilité des formats**, qui répond à une demande des citoyens européens et à un objectif de diversité culturelle effective, alors que des opérateurs puissants de l'environnement numérique cherchent à enfermer leurs clients dans des offres où cette portabilité n'est pas assurée.

- **A ce stade, et dans l'attente des propositions concrètes de la Commission européenne, qui devront être nourries d'études d'impact approfondies, les principales orientations qui peuvent être données sur ce sujet sont les suivantes : Pour répondre à la demande d'accès aux œuvres à travers les frontières, il faut mettre l'accent sur le développement de la portabilité des offres d'abonnements ainsi que des exigences d'interopérabilité des formats.**
- **Toute approche transversale qui ignorerait les spécificités de l'économie du droit d'auteur et des droits voisins doit en revanche être rejetée. Ce serait le cas d'une approche législative qui se bornerait à étendre, en la matière, le champ d'application des dispositions juridiques applicables en matière de lutte contre la discrimination en fonction de l'Etat membre de résidence d'un destinataire de services en ligne, ou encore d'une interdiction des dispositifs de géoblocage.**
- **Toute approche qui, sans la remettre en cause totalement, fragiliserait l'économie du droit d'auteur et des droits voisins, et notamment de l'audiovisuel, doit également être écartée. Il en est ainsi de l'application à la distribution en ligne des œuvres de l'interdiction de restrictions de « ventes passives », qui viserait à imposer aux ayants droit d'autoriser la distribution en ligne dans tous les Etats membres à toute personne qui en formulerait la demande sans y avoir été spécialement invitée. Une telle approche, quelles que soient les sauvegardes dont elles prétendraient être assortie (par exemple en termes de durée où l'exclusivité resterait autorisée), fragiliserait gravement l'économie de tout un secteur important de l'économie européenne. Cette approche ne serait pas proportionnée et efficace. Pour les quelques catégories d'œuvres dont la portée a d'emblée une vocation pan-européenne, voire mondiale, la distribution et la commercialisation se font déjà au niveau européen sur la base de solutions contractuelles. Pour les autres, il n'y a pas lieu de procéder au calcul d'une durée légitime à raison des investissements consentis. En effet, la décision d'investissement est prise en fonction d'une rentabilité appréciée ex ante et non ex post. En outre, elle s'apprécie à l'aune d'un portefeuille d'œuvres, et non œuvre par œuvre. Quelques œuvres qui ont trouvé un succès non anticipé auprès du public d'autres Etats membres financent en pratique ex post et indirectement les autres œuvres qui n'ont pas trouvé nécessairement un large public, sans que cela ne puisse faire l'objet d'un calcul ex ante.**

4 – Accès au savoir et encouragement à l’innovation : la réponse aux demandes de la société ne passe pas par la prolifération sans contrôle des exceptions mais par la réaffirmation d’une doctrine d’emploi des exceptions qui veille aux grands équilibres dont est garant le droit d’auteur tout en modernisant la délivrance des licences pour faciliter l’exploitation des œuvres

Le réexamen du cadre juridique européen applicable au droit d’auteur doit enfin être l’occasion d’apprécier la façon dont il répond aux demandes en matière d’accès au savoir et d’encouragement à l’innovation. Que ce soit en provenance du monde de l’éducation et de la recherche ou de celui des bibliothèques et autres institutions patrimoniales, sans oublier le cas des personnes empêchées par un handicap visuel d’accéder aux œuvres, des questions importantes sont posées.

Ainsi, la France partage l’objectif d’une large diffusion des travaux réalisés dans un cadre de recherche, notamment par le déploiement de l’accès libre (*open access*). Il faut tenir compte d’un double contexte d’accroissement de la masse des publications et des données produites par les opérateurs de recherche et d’innovation et d’apparition de nouveaux usages. Cette production constitue un potentiel immense de création de connaissance et d’innovation. L’accès aux publications scientifiques, ainsi que la fouille et l’exploration de textes et des données » (*text and data mining – TDM*) sont des enjeux cruciaux à traiter dans ce contexte. De la même façon, la réinvention du service public des bibliothèques à l’ère numérique induit une importante réflexion sur le cadre juridique applicable pour assurer la participation des bibliothèques à l’accès au savoir, dans le plein respect des exigences de rémunération et de renouvellement de la création.

Pour répondre à toutes ces demandes, fortement exprimées et souvent légitimes, il convient de **garder à l’esprit les grands équilibres dont le droit d’auteur doit être garant, dans le respect des droits et intérêts publics et privés en cause et en tenant compte de l’objectif que s’est toujours assigné le législateur européen d’assurer un haut niveau de protection de la propriété intellectuelle.**

Il faut donc se garder de l’écueil consistant à considérer que toute demande, aussi légitime soit-elle d’un point de vue social et politique, doive nécessairement se traduire par la consécration de nouvelles exceptions obligatoires ou l’élargissement de celles qui existent, au risque de remettre en cause l’équilibre du cadre juridique existant.

La priorité doit dans ce contexte consister à définir **une doctrine d’emploi des exceptions au droit d’auteur et aux droits voisins,** qui, dans le respect du cadre international applicable, devrait reposer sur les principes suivants :

- Dans le respect des obligations internationales de l’Union européenne et de ses Etats membres¹¹, une exception n’est applicable que si elle porte sur un cas spécial, ne porte pas atteinte à l’exploitation normale de l’œuvre et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. A titre d’exemple, une exception qui prétendrait couvrir l’ensemble des sites de partage de contenus générés par les utilisateurs ou une exception pour le prêt de livres numériques par les bibliothèques ne répondraient pas à ces conditions.

¹¹ Le « test en trois étapes » qui pose ces conditions, est issu notamment de la convention de Berne, des accords sur les aspects du droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et des deux traités OMPI de 1996 sur le droit d’auteur et sur les interprétations et exécutions et sur les phonogrammes. Il est intégré à l’article 5 de la directive 2001/29/CE.

- Une exception ne saurait constituer qu'une réponse mûrement réfléchie à un intérêt public établi, et non un signal politique donné à un secteur professionnel ou à une partie de l'opinion publique, quelle que soit la légitimité et l'importance des intérêts en cause.
- Au plan européen, en application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, le caractère optionnel de la liste d'exceptions doit être préservé et un surcroît d'harmonisation d'une exception ne peut être admis, dans le respect du test en trois étapes, que si elle constitue la seule réponse à une problématique qui par nature dépasse les frontières d'un Etat membre. Un surcroît d'harmonisation en matière de copie privée ne paraît pas se justifier.
- Le régime juridique de chacune des exceptions doit, dans son détail, respecter les exigences du test en trois étapes. L'existence éventuelle d'une compensation ne saurait être un motif pour négliger cet impératif. Les droits sur lesquels porte l'exception et les finalités auxquelles celle-ci est soumise sont essentiels. Ainsi, une exception en matière de fouille et d'exploration de texte (*Text and data mining*) qui porterait sur le droit de communication au public ou sur des finalités autres que des finalités non commerciales de recherche serait particulièrement préjudiciable.
- L'articulation entre exception et contrats, telle qu'elle est actuellement d'une part assurée au plan européen par l'article 6, paragraphe 4 de la directive 2001/29/CE et d'autre part aménagée dans les Etats membres par les textes de transposition, est une composante essentielle de l'équilibre à atteindre, par exemple pour l'éducation et la recherche, voire la fouille et l'exploration de textes (*Text and data mining*).

Dans le cadre d'une telle doctrine d'emploi des exceptions, des solutions pragmatiques doivent être recherchées. Cela implique notamment de passer par **une approche non-législative telle que la relance du dialogue avec les parties prenantes dans le cadre de l'exercice « Licences pour l'Europe »**, plutôt que d'engager un travail législatif, qui, sur ces sujets, ne pourrait se traduire que par des exceptions. Les orientations dégagées au cours de l'exercice « Licences pour l'Europe », qui s'est achevé en novembre 2013, mériteraient ainsi d'être poursuivies, tout en associant les Etats membres.

Parmi les enjeux de modernisation des licences figurent des sujets transversaux tels que la standardisation des métadonnées, l'amélioration de l'identification des œuvres, voire la mise en place de guichets uniques ou de licences en un clic, tous dispositifs sur lesquels les expériences conduites dans les Etats membres devraient être partagées. Au plan sectoriel, des dialogues tels que celui que la Commission européenne avait mené sur les livres indisponibles dans le commerce ont également démontré leur intérêt, conduisant à des progrès significatifs dans plusieurs Etats membres. Sur le prêt de livres numériques en bibliothèques, un dialogue européen sur la délivrance des licences apparaîtrait particulièrement utile.

L'Europe doit placer l'accès au savoir et l'encouragement à l'innovation au premier plan de ses priorités, notamment à travers les dispositions applicables à l'éducation, à la recherche et aux bibliothèques. Répondre à ces défis implique un système de droit d'auteur solide et non affaibli par un développement sans contrôle des exceptions. Il faut donc préciser une ferme doctrine d'emploi des exceptions fondées sur le respect du test en trois étapes qui résulte des obligations internationales de l'Union européenne et de ses Etats membres, ainsi que sur la subsidiarité, la proportionnalité et la nécessité d'études d'impact approfondies. Ainsi, des exceptions sur le prêt de livres numériques en bibliothèques ou sur les contenus générés par les utilisateurs, ne seraient pas acceptables. De la même façon, le régime juridique des exceptions doit être apprécié en tenant compte de son champ d'application précis, de l'existence ou non d'une compensation et de l'articulation à assurer avec les contrats.

Enfin, la Commission européenne devra veiller, en parallèle à toute démarche législative, à stimuler le dialogue entre les parties prenantes sur le développement des licences, que ce soit pour des enjeux transversaux (métadonnées, identification des œuvres, modalités de délivrance des licences) ou pour traiter des enjeux sectoriels, tels que le prêt de livres numériques par les bibliothèques.

*

Sur la base de l'ensemble des analyses et propositions énoncées dans la présente contribution, la France s'engagera avec détermination dans le débat ouvert par la Commission européenne. Elle est convaincue que, pour la croissance, l'emploi et la diversité culturelle, le droit d'auteur n'est pas un problème mais qu'il est une partie de la solution, qu'il n'est pas un obstacle à lever, mais qu'il est au contraire un levier à mobiliser.

Pour que les promesses de l'économie et de la société numérique se réalisent, la modernisation du droit d'auteur peut être une chance, à condition que ce soit pour en développer les principes fondamentaux que sont **l'encouragement à la création, à l'innovation et à l'exercice de la liberté contractuelle, dans la recherche de l'équilibre entre les intérêts publics en cause**. Si au contraire devait prévaloir une vision déséquilibrée du rôle du droit d'auteur ou des priorités de sa modernisation, la déception serait à la mesure de l'occasion manquée pour l'Europe.