



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

MINISTÈRE DE LA CULTURE

--

CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, DONNÉES ET CONTENUS NUMÉRIQUES

Mission présidée par Valérie-Laure Benabou

Avec la collaboration de Célia Zolynski

Rapporteur Laurent Cytermann

Rapport présenté au CSPLA le 11 octobre 2011

Son contenu n'engage que ses auteurs

Septembre 2018

SOMMAIRE

SYNTHESE ET PROPOSITIONS

INTRODUCTION

1^{RE} PARTIE : LES RECOUPEMENTS MULTIPLES ENTRE LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE ET LES NOTIONS DE DONNÉES ET DE CONTENUS NUMÉRIQUES

1. Les objets protégés par la propriété littéraire et artistique susceptibles de recouvrir les notions de données et de contenus

1.1. L'exclusion des données « brutes » du champ de la propriété littéraire et artistique

1.2. La réservation « indirecte » des données et contenus par la propriété littéraire et artistique

1.2.1. La réservation indirecte des données ou contenus par le droit d'auteur

1.2.2. La réservation indirecte par le droit sui generis sur les bases de données

1.2.3. La réservation indirecte par les droits voisins

1.2.4. Influence des DRM sur la disponibilité des données et des contenus

2. Une massification des contenus porteuse d'assimilation entre objets protégés et non protégés par la propriété littéraire et artistique

2.1. Le contenu, notion technico-économique inhérente à l'architecture d'internet

2.2. Une définition insaisissable, qui sous-tend des régimes juridiques finalistes

2.3. Une articulation délicate de la régulation des contenus et de la protection de la propriété littéraire et artistique

3. Le droit de la propriété littéraire et artistique face à la régulation de la production et la circulation de données

3.1. Les données publiques : un régime d'ouverture qui préserve les droits de propriété intellectuelle des tiers mais prime sur ceux de la personne publique

3.1.1. Les grandes étapes de l'ouverture des données publiques

a) La création du droit d'accès aux documents administratifs

b) La création du droit de réutilisation des informations publiques

c) Le développement d'une politique active d'ouverture des données, assorti d'un essor de la gratuité

3.1.2. Une ouverture préservant les droits de propriété intellectuelle des tiers mais pas ceux des personnes publiques elles-mêmes.

a) L'ouverture des données publiques prime sur les droits de propriété intellectuelle de l'administration concernée

b) Les droits de propriété intellectuelle des tiers font obstacle tant à la communication qu'à la réutilisation des données publiques

3.2. Les données à caractère personnel

- 3.2.1. *La régulation des données à caractère personnel*
- 3.2.2. *Les zones de rencontre avec la propriété littéraire et artistique*

3.3. Les données au cœur d'une tension entre circulation et réservation

- 3.3.1. *Les mouvements prônant la libre circulation des données*
- 3.3.2. *Vers l'édification d'un droit de propriété sur les données ?*

2^{EME} PARTIE : LES DEFIS DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE RELATIFS AUX TRAITEMENTS DE MASSE DES FLUX NUMERIQUES

1. La reconfiguration nécessaire des relations entre créateurs et « exploitants » à l'ère des données massives

1.1. De la croyance dans la désintermédiation à l'irrésistible réintermédiation

1.2. Les acteurs donnant accès aux « contenus » reposent en réalité sur une pluralité de modèles économiques et juridiques

1.3. Une entrée progressive des plateformes dans le droit positif

1.4. Un régime d'exemption de responsabilité sous couvert de la qualification d'hébergeur, en voie d'évolution

1.5. Le rééquilibrage des asymétries dans les réseaux sociaux à propos des contenus générés par les utilisateurs (UGC)

2. Associer les titulaires de droits aux traitements volumétriques et informationnels des objets protégés

2.1. Approche « volumétrique » et propriété littéraire et artistique

2.1.1. La difficulté de preuve de la protection sur des ensembles ou fragments

2.1.2. L'influence du quantum de l'utilisation sur le régime des droits

2.2. Les œuvres et objets protégés traités en tant que « capital informationnel »

2.3. La recherche de nouvelles solutions au sein de la PLA pour répondre aux enjeux de l'économie et de la circulation de la donnée

2.3.1. L'appréhension de la valeur informationnelle

a) La reconnaissance d'un droit voisin aux éditeurs de presse (et aux agences)

b) L'exception de fouille de textes et de données

c) Le régime des murs d'images

2.3.2. La centralisation des autorisations dans une économie de la multitude

a) La centralisation de l'autorisation auprès de la plateforme

b) L'autorisation pour compte d'autrui

c) L'alternative du filtrage

3^{EME} PARTIE : PROPOSITIONS

3.1. Ajuster le cadre institutionnel de la propriété littéraire et artistique à l'environnement numérique

3.2. Accompagner et non subir la fluidification des œuvres et objets protégés pour assurer leur exposition dans ce nouvel univers

3.2.1. Valoriser les « communs numériques »

3.2.2. Rendre les œuvres "aptes" à la mise en données

3.3 Favoriser l'exploitation numérique des œuvres et objets protégés dans une économie de la donnée, tout en associant les ayants droit à la valeur créée

3.3.1. L'association financière

3.3.2. L'association « informationnelle » ou le partage de la donnée

SYNTHESE ET PROPOSITIONS

- 1. Le caractère expansif tant des définitions des objets protégés par la propriété littéraire et artistique que des termes de « données » et de « contenus numériques » engendre un croisement de ces notions, source de perturbation des règles applicables.**

Les différents instruments de la propriété littéraire et artistique couvrent un ensemble hétéroclite d'œuvres, de prestations, de séquences de sons, d'images dont la reprise, individuelle ou massive, constitue un enjeu grandissant à l'heure du « *Big data* ». **Par conséquent, la rencontre des mécanismes de réservation de la propriété littéraire et artistique avec les nouvelles régulations d'actifs « immatériels » alimentant les flux d'échanges numérique, loin d'être accidentelle, devient systémique.**

S'agissant de la notion de contenu numérique, qui trouve son origine dans l'architecture technique d'Internet et dont la définition est vague, elle est porteuse d'une indifférenciation souvent conforme à sa finalité comme en témoigne le principe de neutralité du net (*net neutrality*), qui commande d'interdire la discrimination des contenus transitant dans la couche haute, indépendamment du fait qu'ils soient ou non protégés par des droits de propriété intellectuelle.

Il n'existe pas de principe de traitement spécial des contenus protégés par les droits de propriété intellectuelle au sein des textes régulant les contenus numériques en général. Bien que cette spécificité soit régulièrement prise en considération à travers des régimes de dérogation, elle ne l'est ni de manière systématique, ni *a priori*, et se traduit souvent comme une exception dont la pertinence doit être régulièrement réexaminée.

La question de l'articulation des textes relatifs aux contenus numériques et aux règles de la propriété littéraire et artistique demeure délicate, à l'image des ambiguïtés de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, dont la discussion a pu faire évoluer le texte dans un sens consacrant clairement la violation des droits de propriété intellectuelle comme un vice de conformité, ce qui n'était évident dans la version initiale.

La notion de données n'est pas davantage définie que celle de contenus numériques mais, en raison de la multiplicité des régimes qui s'attachent à ses acceptions variées, les règles applicables aux données sont susceptibles de perturber celles du droit de la propriété littéraire et artistique.

Ainsi, les ambiguïtés passées des politiques publiques en matière d'ouverture des données publiques laissent planer certaines incertitudes, qui tendent à s'amenuiser, quant à leur conciliation avec l'exercice des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques et des tiers

L'évolution des politiques publiques françaises, sous l'impulsion de normes européennes mais au-delà même de leurs prescriptions, a eu pour conséquence de passer d'une mise à disposition des données publiques restreinte à des conditions d'accès strictes telles que la demande de communication personnelle pour des usages à des fins non commerciales, à une stratégie de diffusion active de ces données, associée à une ouverture la plus large de l'usage par les administrés.

La conciliation de ces politiques publiques avec le droit de la propriété intellectuelle s'opère de manière distincte selon que sont en cause les droits des tiers ou de la personne publique elle-

même. Les droits de propriété intellectuelle des tiers constituent l'une des exceptions tant à diffusion des données concernées qu'à leur réutilisation. En revanche, les personnes publiques ne peuvent plus désormais se prévaloir de leurs droits de propriété intellectuelle pour faire obstacle à l'ouverture des données. A la lisière de cette distinction, les implications du droit d'auteur des agents publics, que la loi du 1^{er} août 2006 avait réformé, demeurent incertaines, notamment en raison de la carence du pouvoir réglementaire à prendre le décret d'application. De même, en dépit de la clarté du donné légal, l'existence d'interprétations divergentes au sein des autorités publiques sur l'étendue de la réutilisation des objets faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle de tiers appelle une clarification des pratiques.

La possibilité, pour les personnes publiques, de percevoir des redevances à l'occasion de la diffusion des données publiques, lesquelles recouvrent également des œuvres de l'esprit couvertes par les règles de l'*open data*, donne lieu à d'âpres discussions. S'il est désormais acquis que de telles redevances ne peuvent pas être demandées au titre de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle de la personne publique, les positions ne sont pas encore arrêtées quant à l'opportunité d'exiger une rémunération en contrepartie de l'utilisation de ces « données » sur d'autres fondements (droit d'accès, exploitation de l'image des biens...) et le choix d'une gratuité plus propice à une utilisation simple des fonds, et par conséquent, à une diffusion élargie des contenus culturels.

La conjugaison d'un mouvement généralisé de « mise en données » du monde et d'une approche particulièrement compréhensive des données personnelles retenue par le législateur européen, ne pouvait que nourrir la rencontre du droit de la propriété littéraire et artistique avec celui des données à caractère personnel. Celle-ci a alimenté le contentieux relatif aux dispositifs de lutte contre la contrefaçon en ligne et devient stratégique dans la course au contrôle de la relation-client qui s'articule autour de l'individuation des utilisateurs.

Les dispositifs d'identification des contrefacteurs et de filtrage ont occasionné une succession de contentieux conduisant jusqu'ici les juges à opérer une balance des intérêts en présence entre protection de la propriété intellectuelle et protection des données à caractère personnel. Toutefois, c'est le principe même de la conservation générale des métadonnées de communications électroniques qui est aujourd'hui en cause, suite à l'arrêt *Tele2 Sverige* de la CJUE de 2016, avec des enjeux qui vont bien au-delà de ceux de la lutte contre la contrefaçon mais qui pourraient remettre en cause l'accès de la HADOPI à celles-ci.

L'univers numérique voit coexister, et parfois s'affronter, des mouvements en faveur du partage et de la circulation des données et d'autres en faveur de l'affirmation de nouveaux droits de propriété ou d'autres formes de réservation, qui bousculent la place traditionnelle occupée par la propriété intellectuelle.

Dans le domaine scientifique, le mouvement en faveur de l'accès ouvert a reçu le soutien des pouvoirs publics, qui en font de manière croissante une condition de leurs subventions à la recherche et interdisent aux éditeurs d'empêcher la publication par le chercheur dans une archive ouverte. La combinaison de cette politique d'*open content* ou d'*open knowledge* avec l'exercice des droits des éditeurs aboutit à des situations complexes dans lesquelles, paradoxalement, l'auteur ou les institutions scientifiques se trouvent dans une situation parfois moins favorable que celle qu'offrent les dispositions d'ordre public du code de la propriété intellectuelle à propos du contrat d'édition.

La stratégie définie par l'Union européenne pour la constitution d'un marché unique numérique conduit également à encourager la circulation des données, à travers la reconnaissance, par des instruments juridiques successifs et selon des modalités diverses, de la portabilité des données personnelles, de celle des données à caractère non personnel et enfin de la portabilité transfrontière des contenus numériques. Cette dynamique, qui pour l'instant, ignore

les œuvres et objets protégés par les droits de propriété intellectuelle gagnerait à s'y appliquer, permettant aux titulaires de droits de propriété littéraire et artistique de maintenir ou même de gagner une capacité de maîtrise des données accompagnant l'exploitation des objets protégés, les associant ainsi à l'économie autour de la donnée (*data driven economy*).

La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données, parfois présentée comme une mesure de nature à favoriser leur circulation, soulèverait en revanche de multiples difficultés, notamment dans la définition de son champ et de ses titulaires et dans son articulation avec le droit de la propriété intellectuelle. Les équilibres de ce droit, qui concilie les intérêts du titulaire et ceux des utilisateurs à travers le jeu des exceptions, pourraient être menacé par l'affirmation d'un nouveau droit de propriété sur les données. Le droit de la propriété intellectuelle pourrait aussi se voir remplacé par la combinaison d'un contrôle contractuel et technique, dans le sillage de l'arrêt de la Cour de justice *Ryanair* de 2015 ou encore par la réactivation de la directive 96/9 relative à la protection des bases de données, hors du champ d'application restreint dans lequel la Cour l'a assignée depuis 2004.

2. L'essor des plateformes a accompagné de manière irrésistible l'accroissement du volume des contenus et des données numériques, leurs services d'intermédiation devenant indispensables pour y naviguer. Les instruments de régulation de la loyauté des plateformes essentiellement tirés du droit de la consommation sont susceptibles d'offrir un modèle pour lutter contre les asymétries de pouvoir et d'informations susceptibles de se manifester à propos des contenus protégés par des droits de propriété littéraire et artistique.

Les plateformes ont pris une place nouvelle et incontournable dans l'économie de la distribution des contenus numériques en général des œuvres et objets protégés en particulier. Reposant sur des modèles juridiques variés, certaines d'entre elles jouent ce rôle sans disposer de droits de propriété intellectuelle sur les œuvres auxquelles elles donnent accès, en s'abritant derrière la qualification d'hébergeur de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Est ainsi créée une rupture concurrentielle entre les plateformes entrées volontairement en relation avec les titulaires pour négocier des droits d'exploitation, et celles - souvent puissantes - qui ont refusé de se plier aux règles de la propriété littéraire et artistique, préférant imposer des conditions unilatérales au sein d'accords volontairement consentis. De nouvelles régulations empruntant au droit de la consommation, au droit de la concurrence ou au droit fiscal tentent de rétablir un équilibre entre les différentes catégories d'acteurs d'une part, et à imposer de nouvelles obligations à la charge respective des co-contractants, d'autre part. L'apparition, au cours de ces dernières années, de régimes juridiques des plateformes dans de multiples textes de droit national et de droit de l'Union, tend désormais à appréhender leur rôle spécifique, distinct de celui d'un simple hébergeur, et à affirmer leurs responsabilités. Bien qu'il rompe avec une tradition établie de segmentation des régimes juridiques, ce mode de régulation transversale de la diffusion des contenus numériques est susceptible d'offrir des opportunités d'établir un rapport contractuel plus équilibré entre les titulaires de droits et les acteurs de la distribution numérique, notamment dans un contexte de concentration économique.

Est, à cet égard, porteuse de promesse l'intervention du droit de la consommation pour garantir à travers des obligations précises la loyauté des plateformes - dont les réseaux sociaux - dans leurs activités de classement et de mise en avant des contenus. L'imputation directe à certaines plateformes de la responsabilité de la diffusion des œuvres et autres objets protégés résultant de l'article 13 de la proposition de directive DAMUN constitue une étape supplémentaire dans cette perspective.

- 3. Le fait que les opérateurs de « big data » utilisent de manière indifférenciée des agrégats au sein duquel les œuvres et objets protégés perdent leur individualité dans la masse perturbe le droit de la propriété littéraire et artistique, construit sur une représentation individualisée et statique des œuvres.**

Les utilisations de quantités infiniment grandes et infiniment petites d'œuvres ou autres objets protégés posent des difficultés nouvelles aux titulaires, s'agissant de rapporter la preuve de la protection dont ils entendent se prévaloir, parce que les objets sont noyés dans une masse ou qu'ils sont fragmentés de telle manière qu'ils sont difficilement identifiables.

En raison des volumes à traiter, les coûts de transaction des preuves sont souvent hors de proportion avec les perspectives de gain dans le procès, dès lors qu'il s'agit de démontrer l'originalité des œuvres ou l'investissement substantiel dans la création de la base de données. La question de la difficulté de la preuve face à des traitements volumétriques pourrait être résolue grâce à la reconnaissance de nouvelles présomptions – ce qui fait l'objet d'une nouvelle mission au CSPLA.

Le caractère plus diffus des conditions de protection de certains droits voisins place ces derniers dans une position paradoxalement plus favorable que celle des auteurs pour faire valoir leurs droits, au mépris de la hiérarchie traditionnelle entre droit d'auteur et droits voisins. La proposition de création d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse s'attache à réduire ce conflit, non sans difficultés.

L'analyse volumétrique des seuils d'usage d'œuvres ou d'objets protégés sujets à autorisation est susceptible de varier selon que l'appréciation est faite par le juge ou par des systèmes algorithmiques. L'existence d'usages de masse suppose, de surcroît, l'activation d'outils de licitation adéquats.

L'analyse quantitative de l'emprunt peut dans l'état actuel, conduire à deux conclusions totalement contraires. Si elle est liée, comme c'est le cas en jurisprudence, à l'analyse des éléments extraits au regard des caractéristiques originales de l'œuvre d'origine, elle peut conduire à écarter l'application du droit d'auteur du titulaire de l'œuvre première dès lors que ces éléments caractéristiques ne sont pas identifiables dans l'ensemble plus important dans lequel ils s'intègrent. Inversement, si l'on applique une logique quantitative « pure » rendue possible par des mécanismes de tatouage ou d'empreinte, on conclura à la présence de l'œuvre par la simple coïncidence de l'identification des données du fichier d'empreinte, indépendamment de la reprise de ces éléments caractéristiques.

La détermination du volume de la diffusion n'entre en principe pas en ligne de compte dans le déclenchement du droit exclusif. Toutefois, plusieurs règles ou jurisprudences appréhendent ces effets de seuil, soit pour s'attacher à la quantité des objets utilisés, notamment en ce qui concerne les exceptions visant les citations ou les extraits, soit pour appréhender le volume des personnes destinataires.

Ces effets de seuils ou de flux devraient conduire à adapter les modalités d'exercice des droits, notamment en privilégiant des solutions pragmatiques et globales pour faciliter la licitation des droits dans le cas d'usages de masse.

- 4. La valeur informationnelle des œuvres et autres objets protégés ou des données qui les environnent est au cœur de l'économie de la donnée, mais elle est difficilement appréhendée par les instruments de la propriété littéraire et artistique.**

Les subtils équilibres que tend à maintenir la propriété littéraire artistique entre le périmètre des droits exclusifs et la liberté d'expression donnent lieu à des solutions complexes et précaires par leurs sources, de sorte qu'il est difficile d'appréhender simplement le sort d'activités essentiellement tournées vers cette valeur informationnelle comme l'indexation, le minage ou le référencement.

Les perspectives économiques ouvertes par l'économie de la donnée d'une part, et la nécessaire accessibilité des informations afin que certaines activités innovantes et d'intérêt public puissent s'épanouir d'autre part, appellent à clarifier l'état du droit sur ces questions, notamment à propos de l'indexation et du référencement dont la proposition de directive DAMUN ne traite que de manière marginale.

L'adoption dans la proposition de directive DAMUN, d'une exception facultative de fouille plus large que celle reconnue à des fins de recherche constitue un enjeu majeur de l'économie de l'intelligence artificielle et supposera un examen attentif des équilibres à établir entre une juste rémunération des titulaires et la liberté du commerce et de l'industrie, notamment sur le marché des services dérivés des activités de minage où la valeur produite est difficilement rattachable au corpus des objets minés.

L'association des titulaires de droit à l'activité d'indexation et de référencement de leurs œuvres et autres objets protégés constitue également un défi important dans une société où l'information sur l'œuvre ou autour de l'œuvre tend à avoir une valeur croissante et est la condition d'une libre circulation informationnelle. Une première réponse, parcellaire, a été fournie avec l'adoption d'un régime de gestion collective obligatoire pour les murs d'images dont l'activation dans la loi française demeure, en attente d'une validation européenne qui affleure dans les discussions en cours au sujet de la directive DAMUN.

Le chantier du traitement des liens et autres outils signalétiques demeure toutefois à bâtir, comme en atteste l'instabilité du régime des liens au sein de la jurisprudence de la Cour de justice et dans le droit voisin des éditeurs de presse.

Les mécanismes de centralisation des autorisations permettent d'apporter une réponse utile à l'usage par la multitude. L'article 13 de la proposition de directive DAMUN apporte de ce point de vue deux innovations ; la première, sujette à controverses, tient à l'adaptation des mécanismes de périmètre de sécurité dont jouissent certains intermédiaires depuis la directive « commerce électronique », pour prendre en compte le caractère « actif » de certains d'entre eux ; la seconde, moins mise en avant mais tout aussi importante, est relative au mécanisme de licitation des usages par la plateforme pour le compte de ses utilisateurs, permettant à ces derniers, lorsqu'ils agissent à titre non professionnel, de ne pas devoir s'acquitter des obligations de demande d'autorisation préalable.

Dans ce contexte, les solutions de « blocage » et de « filtrage » doivent être entourées de garanties visant à en réduire les effets négatifs. A cette fin, les propositions de la directive DAMUN visent à instaurer des procédures permettant aux personnes victimes d'un filtrage abusif de faire valoir leurs droits de la défense auprès d'une personne physique, dans un cadre d'égalité des armes.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, et du résultat des auditions la mission a entendu formuler plusieurs propositions, non exhaustives, qui s'articulent autour de trois axes.

Axe 1 : Ajuster le cadre institutionnel de la propriété littéraire et artistique à l'environnement numérique et au caractère transversal des notions de données et de contenus

Proposition n° 1 : Renforcer le travail en réseau entre le ministère de la culture et les ministères en charge des sujets porteurs d'enjeux pour la propriété littéraire et artistique (consommation, fiscalité, concurrence, etc) ;

Proposition n° 2 : Constituer un groupe permanent de veille et d'analyse entre les administrations françaises et les acteurs concernés de la société civile sur les sujets de propriété littéraire et artistique ;

Proposition n° 3 : Développer la coopération entre le CSPLA et le Conseil national du numérique (CNNum), par exemple par la nomination d'un membre commun aux deux instances, en développant les échanges réciproques avant publication sur les projets de rapport d'intérêt partagé ou en constituant des groupes de travail communs en vue de la rédaction de rapports conjoints ;

Axe 2 : Accompagner et non subir la fluidification des œuvres et objets protégés pour assurer leur exposition dans ce nouvel univers

Proposition n° 4 : Lever les incertitudes liées au droit d'auteur des agents publics, en prévoyant que la publication des documents administratifs est toujours couverte par la cession légale et en abrogeant la référence au décret d'application ;

Proposition n° 5 : Valoriser le dépôt légal en permettant sa consultation à distance dans un cadre de sécurité équivalent à la consultation sur place et en ouvrant l'exception de fouille de textes et de données aux institutions depositaires, conformément aux dernières orientations de la proposition de directive DAMUN ;

Proposition n° 6 : Lancer une mission pluridisciplinaire sur l'opportunité économique et culturelle d'une politique de mise en ligne des copies numériques des œuvres détenues par les musées ;

Proposition n° 7 : Développer les mécanismes d'incitation des titulaires de droit à investir dans la « mise en données », par exemple en considérant que l'investissement réalisé dans la production de métadonnées ou dans l'uniformisation des formats constitue un investissement recevable pour la protection d'une base de données au titre du droit *sui generis* ;

Proposition n°8 : Envisager des mécanismes de licitation trans-répertoires pour couvrir la diversité des types d'œuvres et objets protégés au sein de traitements de masse et, de manière plus prospective, développer une réflexion autour de l'adéquation du droit d'auteur avec des mécanismes d'agrégation tels que la notion de répertoire, de fonds, de collection ou encore de communauté ;

Proposition n°9 : Développer le recours aux dispositifs de licitation pour compte de tiers prévu dans la proposition de directive DAMUN à propos de certaines plateformes, et l'élargir à d'autres hypothèses ;

Axe 3 : Favoriser l'exploitation numérique des œuvres et objets protégés dans une économie de la donnée, tout en associant les ayants droit à la valeur créée

Proposition n° 10 : Développer des mécanismes de rémunération adaptés aux usages de masse et utilisations fragmentaires des contenus, notamment à propos d'une éventuelle exception de fouille à des fins commerciales ;

Proposition n° 11 : Créer, en faveur des titulaires un droit à la « portabilité » des données d'usage des œuvres et objets protégés, lequel pourrait avoir un prolongement spécifique pour l'auteur originaire ; s'assurer que le partage des données collectées par les plateformes et autres distributeurs est rendu possible dans le respect des droits des tiers ;

Proposition n° 12 : Reconnaître aux auteurs d'écrits scientifiques un droit spécifique à la portabilité des données sur la citation de leurs écrits dont seraient débiteurs des éditeurs de revues scientifiques.

INTRODUCTION

Après avoir bouleversé les usages... Chacun peut constater combien, depuis vingt ans, l'essor des technologies numériques a depuis vingt ans bouleversé les modes d'accès aux œuvres et remodelé l'économie de leur production et de leur distribution¹. En proposant un mode d'écriture nouveau, le numérique a offert de nouvelles opportunités d'usage, réduisant les coûts de production et en augmentant les possibilités de diffusion. La digitalisation occasionne également de nouveaux canaux de distribution des œuvres et objets protégés, lesquels circulent selon des formes fragmentées, sont accessibles selon des formats de lecture spécifiques et engendre de nouveaux modes de consommation des œuvres et objets protégés s'écartant toujours davantage de l'économie des supports tangibles qui avait jusque-là prévalu dans l'univers analogique.

Pour autant, le droit de la propriété littéraire et artistique n'apparaissait pas jusqu'ici ébranlé dans ses fondements. La directive du 22 mai 2001 du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, socle du droit de l'Union européenne en la matière et dont le titre montre bien l'ambition de faire face à ces nouveaux enjeux, a surtout consisté à harmoniser au niveau communautaire les grandes notions de cette branche du droit : œuvres, droit d'auteur et droits voisins, communication au public, reproduction, exceptions, etc. Les débats de ces vingt dernières années ont porté principalement sur la lutte contre la contrefaçon, favorisée par le numérique, et sur les moyens de faire émerger une nouvelle offre légale attractive, mais peu en revanche sur ces grandes notions. Menacé dans la pratique, le droit d'auteur apparaissait cependant solide dans son périmètre et ses définitions.

... le numérique interfère désormais avec les définitions constitutives du droit de la PLA. L'heure est pourtant venue d'une emprise du numérique dans la définition même de la propriété littéraire et artistique. Longtemps envisagée comme une branche autonome, le domaine s'est peu à peu vu envahir par le « droit du numérique », à l'image des formations universitaires qui mêlent le plus souvent ces dimensions pour dispenser un enseignement propre à appréhender les besoins de la pratique².

Plusieurs événements attestent de cette reconfiguration dont l'emblématique rattachement de la division du droit d'auteur, jusque-là associée à la division propriété industrielle au sein de la DG Markt, à la DG Connect de la Commission européenne. Désormais, la politique européenne du droit d'auteur relève de la stratégie numérique de la Commission européenne. En France, l'adoption presque concomitante de deux textes, la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine sous l'égide du ministère de la culture, et la loi du 7 octobre pour une République numérique sous la férule du secrétariat d'Etat au numérique, a, tout en témoignant du double prisme par lequel la matière peut être saisie, mis en lumière les besoins de cohérence de l'action publique dans le champ de la propriété littéraire et artistique.

De cette interpénétration croissante entre propriété littéraire et artistique et numérique découlent trois mutations.

¹ *Business analytics, market intelligence, data intelligence, data mining...* les progrès des technologies de traitement avancé des contenus et des données ont ouvert de nouveaux territoires pour la collecte et l'analyse d'information. Ces évolutions et les usages qu'elles génèrent sur les « contenus » – crawl intelligent, enrichissements, fouille, etc. - interrogent la propriété intellectuelle

² Rapprochement symbolisé par l'acronyme fort répandu « IP/IT », pour « Intellectual Property / Information Technology ».

L'effacement de la distinction entre le support et l'objet. De nombreux exemples en témoignent : la distinction entre le support et l'objet qu'il véhicule s'est obscurcie à mesure que le support a perdu son caractère tangible. Il a été nécessaire que la jurisprudence précise, par exemple, qu'un fichier mp3 contient un phonogramme au sens du code de la propriété intellectuelle³. La jurisprudence de la Cour de justice a, quant à elle, fait voler en éclats la distinction entre la distribution d'une œuvre sur un support tangible et celle opérée via un fichier transmis par un réseau dans l'arrêt *UsedSoft*⁴ en visant un principe d'équivalence fonctionnelle, et mis sur le devant de la scène la question de l'épuisement des droits à l'occasion d'une transmission numérique, sans pour autant confirmer cette approche dans la jurisprudence subséquente.

L'indifférenciation des contenus. L'écriture numérique emporte également un effet d'indifférenciation des « contenus », traités de manière unique à travers cette convention, indépendamment de leur valeur propre et des qualifications juridiques qui les caractérisent. Ainsi, à l'ère dite du Big Data, les moteurs de recherche, réseaux sociaux, « pure players » avalent et produisent des quantités énormes de contenus et données de nature différente – œuvres, données à caractère personnel, métadonnées, données de trafic, etc. – qui sont traités techniquement selon les mêmes protocoles. Cette approche des actifs informationnels circulant a notamment conduit à envisager les services d'intermédiation indépendamment de la nature des contenus transmis comme en atteste la directive commerce électronique et les régimes de responsabilité allégée qu'elle a établi. Elle irrigue également les nouvelles formes de régulation qui visent les « contenus » ou les « données » de manière indifférenciée⁵.

La diversification des sources. Plusieurs textes récents ou en cours d'adoption, dans des domaines a priori éloignés de la propriété intellectuelle ont vu fleurir des notions telles que celle de « contenu numérique » ou de « données » dont il est très vite apparu qu'elles recouvraient notamment des objets protégés, sans que cette circonstance ne soit nécessairement toujours prise en considération au cours de l'exercice législatif. Droit de la consommation, droit des communications électroniques, droit des données, droit du commerce ou fiscalité : Rome n'est plus seulement dans Rome et l'avenir de la propriété intellectuelle se joue tout autant dans ces matières que dans les textes qui lui sont dédiés.

Les données et les contenus numériques, deux figures aujourd'hui incontournables pour la PLA. Réalités omniprésentes de l'univers numérique, les données et les contenus numériques sont aussi de manière croissante des notions du droit positif qui sous-tendent un certain nombre de régimes juridiques. L'étude des relations complexes entre la PLA et ces régimes, des recoupements entre les notions, des incertitudes entourant les définitions et des conflits de finalités pouvant exister entre les législations est l'un des principaux objectifs de cette étude. Le droit de la PLA a été conçu autour de l'œuvre, objet envisagé dans son unité et sa singularité. Les notions de données et de contenus affectent cette focalisation par des mouvements inverses : les données tirent l'œuvre vers l'infiniment petit, le plus petit extrait même imperceptible aux sens étant une donnée ; les contenus vers l'infiniment grand, l'œuvre devenant composante d'un flux, le *streaming*, qui tend à devenir le mode de consommation dominant. Ces changements de perspective soulèvent des questions juridiques nouvelles.

Une compréhension nécessaire pour ouvrir de nouvelles voies de partage de la valeur. L'ambition de l'étude n'est cependant pas que doctrinale. Il importe plus que jamais de réfléchir aux leviers actuels ou potentiels susceptibles d'associer les titulaires aux différentes formes

³ Voir *infra*.

⁴ CJUE, Grande chambre, 3 juillet 2012, *Usedsoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, C-128/11.

⁵ N. Colin et H. Verdier, *L'âge de la multitude. Entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Armand Colin, 2015 (2^e édition).

d'exploitation issues de ces traitements. Le numérique, allié à la transmission par les réseaux, a bouleversé la perception des fonctions et métiers attachée aux représentations physiques tangibles et aux canaux traditionnels de distribution.

La capacité d'accès accrue aux œuvres et autres objets protégés via de nouveaux acteurs tels que les plateformes a engendré de multiples réactions allant de l'encouragement à l'ouverture à la promotion de solutions techniques de contrôle, de traçage et de filtrage. L'information sur les contenus aussi bien que les habitudes de consommation qui s'y rattachent sont devenues des sources majeures de valeur pour les opérateurs, lesquels ont réorganisé les modes de distribution selon des algorithmes de préconisation fondés sur les préférences des individus, tracées lors de leurs pérégrinations numériques.

Dans cette nouvelle équation, les acteurs traditionnels de la création, de la production et de la distribution des œuvres et autres objets protégés par la propriété littéraire et artistique peinent parfois à trouver les outils leur permettant d'être associés au mieux à la valeur créée par et autour de ces contenus. La proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, en cours de discussion à la date de la remise de cette étude, est traversée par ces enjeux. Tout en prenant pleinement en compte cet environnement juridique en cours de mutation, l'étude s'efforce de se situer dans une perspective de plus long terme, afin d'ouvrir des voies nouvelles.

Les auteurs de l'étude ont été animés par une conviction : pour accompagner les évolutions de la propriété littéraire et artistique, une pleine conscience de ce nouvel environnement et une capacité à en actionner les leviers et à y forger de nouvelles alliances sont nécessaires. C'est à l'exploration de ce « *Brave New World* » des données et contenus numériques – non pas le monde dystopique d'Aldous Huxley mais celui, propice à l'émerveillement malgré les faux-semblants qu'il recèle, sur lequel Miranda porte son regard dans *La tempête* de Shakespeare – que le lecteur est invité.

Plan. L'étude n'a pas pour ambition de reprendre l'ensemble des problématiques liées à l'apparition du numérique et des réseaux concernant la propriété littéraire et artistique dont certaines ont déjà fait l'objet de précédents rapports rendus au CSPLA⁶. Elle s'attache, dans une première partie, à saisir l'effet de déstabilisation sur le droit de la propriété littéraire et artistique de l'émergence dans la législation de notions concurrentes ou englobantes comme celles de contenus numériques ou de données (I.) et à mesurer, dans une deuxième partie, la capacité du système de répondre aux défis créés par cette nouvelle ère des traitements de masse des flux numériques (II.). Enfin, le rapport formule des propositions destinées à mieux valoriser la création dans ce nouvel environnement (III.)

⁶ *Rapport de Commission du CSPLA sur la distribution des œuvres sur Internet*, P. Sirinelli, J.-A. Bénazéraf, J. Farchy, H. Cassagnabère et B. Larère, 07.12.2005 ; *Rapport de Commission du CSPLA sur la mise à disposition ouverte des œuvres*, V.-L. Benabou, J. Farchy et D. Botteghi, 16.07.2007 ; *Rapport de la Commission du CSPLA sur les prestataires de l'Internet*, P. Sirinelli, J.-A. Benazéraf, J. Farchy et A. De Nerveaux, 14.10.2008 ; *Rapport de la Commission du CSPLA relative au "cloud computing" (informatique en nuage)*, A.-E. Crédeville et MM. J.-P. Dardayrol, J. Martin, et F. Aubert, 24.10.2012 ; *Rapport de la commission consacrée au référencement des œuvres sur Internet*, V.-L. Benabou, J. Farchy et C. Méadel, 09.07.2013 ; *Rapport de la mission sur les banques d'images sur Internet*, A.-E. Crédeville; F. Benhamou, C. Pourreau, 15.07.2013 ; *Rapport de la mission du CSPLA relative au "text and data mining" (exploration de données)*, J. Martin, L. de Carvalho, 16.07.2014 ; *Rapport de la Mission du CSPLA relative aux créations transformatives*, 24.12.2014, V.-L. Benabou, F. Langrognet ; *Rapport de la commission consacrée à la seconde vie des biens culturels numériques*, J. Farchy, J.-A. Benazéraf, A. Segretain, 26.05.2015 ; *Rapport de la mission du CSPLA sur l'articulation des directives 2000/31 "commerce électronique" et 2001/29 "société de l'information"*, P. Sirinelli, J.-A. Benazéraf, A. Bensamoun, 14.12.2015 ; *Rapport de la Mission du CSPLA sur la création d'un droit voisin pour les éditeurs de presse*, L. Franceschini, S. Bonnaud-Le Roux, 12.09.2016; *Rapport de la mission exploratoire du CSPLA sur l'économie numérique de la distribution des œuvres et autres objets protégés et le financement de la création*, J. Farchy, M. François Moreau, co-présidents de la mission, et Mme Marianne Lumeau, 17.11.2016 ; *Rapport de la mission du CSPLA sur le droit de communication au public*, P. Sirinelli, J.-A. Benazéraf, A. Bensamoun, 09.01.2017 ; *Rapport de la mission du CSPLA sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes en ligne*, O. Japiot, L. Durand-Veil, 26.07.2017 ; *Rapport de la mission du CSPLA sur l'interopérabilité des contenus numériques*, 22.05.2017, J.-Ph. Mochon, E. Petitdemange ; *Rapport de la mission du CSPLA sur l'économie des licences libres dans le secteur culturel*, J. Farchy, M. de laTaille, 12.01.2018.

1^{RE} PARTIE : LES RECOUPEMENTS MULTIPLES ENTRE LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE ET LES NOTIONS DE DONNÉES ET DE CONTENUS NUMÉRIQUES

Superposition normative. Les objets protégés par la propriété littéraire et artistique présentent cette particularité qu'ils cohabitent avec d'autres objets saisis par d'autres branches du droit. Prenons le livre : il est à la fois une œuvre de l'esprit, dont la forme d'expression est susceptible d'être protégée par le droit d'auteur si elle est originale, et un objet traditionnellement édité sous la forme d'un ensemble de feuilles de papier reliées entre elles dont la vocation est de faire l'objet d'une diffusion publique. Il est donc le siège d'autres législations visant à accompagner les modalités de cette diffusion publique et à définir le cadre d'une expression licite⁷. Dans la mesure où l'œuvre-livre circule dans un support-livre, les règles applicables à ce dernier sont susceptibles de perturber le jeu des règles relatives à la première. Ainsi, une interdiction liée à la protection des mineurs pourra entraver l'exploitation des droits d'auteur patrimoniaux et moraux sur l'œuvre. Cette convergence « subie » est arbitrée selon le degré d'impérativité respectif des normes en concurrence.

Le numérique, loin d'écarter cet effet de superposition normative en ajoute une couche. La modification de la convention d'écriture ainsi que les transformations des mécanismes de distribution induisent de nouvelles conséquences que le législateur appréhende progressivement à mesure que les pratiques s'éloignent des supports et vecteurs traditionnels.

Parce que les concepts d'œuvres et objets protégés ont une définition large (1.) ils sont désormais entrés en résonance avec de nouvelles notions telles que celles de contenus numériques ou de données. Il convient de recenser ces recoupements et de saisir les perturbations induites par les règles applicables à ces notions concurrentes sur le régime de la propriété littéraire et artistique. Ces chevauchements potentiels supposent d'envisager successivement l'application des règles relatives aux contenus numériques (2.), et aux « données » (3.), même si faute de définitions stables, il convient de ne pas exagérer la portée de la distinction.

3. Les objets protégés par la propriété littéraire et artistique susceptibles de recouvrir les notions de données et de contenus

La coïncidence entre « données » et champ de la propriété littéraire et artistique n'est pas évidente, dans la mesure où il est communément admis que la « donnée brute » est exclue du périmètre de la réservation par le droit d'auteur (1.1.). Elle se manifeste toutefois dès lors que différents instruments de la propriété littéraire et artistique permettent de se prévaloir indirectement de droits sur certaines données, agrégats de données ou contenus (1.2.).

3.1. L'exclusion des données « brutes » du champ de la propriété littéraire et artistique

A la recherche de la notion de donnée. La notion de donnée paraît, en première approche, se rapporter à une réalité plus élémentaire que celle d'œuvre, laquelle semble renvoyer à un degré d'élaboration plus poussé que celui de la donnée « brute ». Notion ubiquitaire par excellence, mot valise, la donnée n'en devient pas moins un concept-clé de l'univers

⁷ Identification de la publication par ISBN, loi sur le prix unique du livre, lois sur la protection de la jeunesse, lois relatives à la protection de la vie privée des individus, lois entourant la diffamation, etc.

numérique, ayant progressivement supplanté en popularité le terme « d'information » sans pour autant en être l'exact synonyme⁸.

La donnée renverrait à « *un fait, une notion ou une instruction représentée sous la forme conventionnelle convenant à une communication, à une interprétation ou à un traitement soit par l'homme, soit par des moyens informatiques* »⁹, ce dont il ressort que « *la symbolisation, dans une forme conventionnelle aux fins de communiquer, interpréter ou traiter* »¹⁰ en constitue l'élément essentiel. La donnée, par sa capacité à absorber le réel et à le « *grammatiser* »¹¹, pourrait dès lors couvrir « *tout énoncé linguistique, allant de la simple information à l'œuvre littéraire* » ayant fait l'objet de numérisation¹². D'aucuns soulignent l'intéressante ambivalence du terme « donnée » dont l'acception technique renvoie à tous produits digitaux de la numérisation destinés à l'ordinateur, du fichier entier aux octets, là où l'acception générale recouvre tout objet naturel ou conventionnel qui, s'adressant à l'homme, est susceptible de numérisation. Il conviendrait alors de distinguer le contenant, susceptible de traitement automatisé (le fichier en format numérique), du contenu (ce qui a été numérisé) lequel serait restitué par la donnée¹³.

Si la « data » est progressivement saisie par le droit, sa définition interroge. Ce terme volontairement indéfini témoigne des caractéristiques si particulières de ce qu'il tente de nommer : circulantes, fluides, et bien souvent co-construites et non rivales, les données ne peuvent certainement pas être figées dans une acception unique. Cela explique leur définition plurielle en lien avec l'objet mis en données, avec la personne dont elles émanent ou encore au vu de la fonction qu'on tend à leur assigner¹⁴.

Données et propriété littéraire et artistique. La rencontre du droit de la propriété littéraire et artistique avec la notion de données est complexe dans la mesure où il s'agit de déterminer si ce droit couvre ou non des « données » au sens où d'autres textes les entendent. Or la plupart ne les définissent pas, ce qui laisse très ouvert le champ de l'interprétation. On partira, en première approche, de l'hypothèse selon laquelle la donnée n'est pas, en tant que telle, un objet protégé par la propriété littéraire et artistique mais un élément rudimentaire d'information couvert par la liberté d'expression. Or, les principes classiques du droit d'auteur sont fondés sur une *summa divisio* théorique qui, opposant la forme et l'information « brute », semble

⁸ Pour autant, dans un souci de simplicité et au regard des définitions données par la jurisprudence, on admettra ici une équivalence entre la notion d'information brute et celle de donnée. V. S. Abiteboul, Sciences, De la logique du premier ordre à la Toile, Leçon inaugurale prononcée le 8 mars 2012 au Collège de France, §10 : « *Une donnée est une description élémentaire, typiquement numérique pour nous, d'une réalité. C'est par exemple une observation ou une mesure. À partir de données collectées, de l'information est obtenue en organisant ces données, en les structurant pour en dégager du sens. En comprenant le sens de l'information, nous aboutissons à des connaissances, c'est-à-dire à des « faits » considérés comme vrais dans l'univers d'un locuteur, et à des « lois » (des règles logiques) de cet univers* » : « *Des mesures de température relevées chaque jour dans une station météo, ce sont des données. Une courbe donnant l'évolution dans le temps de la température moyenne dans un lieu, c'est une information. Le fait que la température sur Terre augmente en fonction de l'activité humaine, c'est une connaissance* ».

⁹ Selon la définition de l'AFNOR.

¹⁰ Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, tome 1, 2015, n°10.

¹¹ B. Stiegler emploie le terme de « grammatisation » du réel pour désigner « le processus de description, de formalisation et de discrétisation des comportements humains (calculs, langages et gestes) qui permet leur reproductibilité » (<http://arsindustrialis.org/grammatisation>). Cela permet alors d'exprimer des « réalités disparates (sons, images, textes, phénomènes naturels, comportements humains, processus industriels...) dans un langage commun universel, fait de combinaison de 0 et de 1, ouvrant la possibilité de les traiter de manière systématique et de les mettre en relation » (Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Etude annuelle 2014, La documentation française, p. 42).

¹² P. Gaudrat et F. Sardain, op. cit., §10.

¹³ Tout deviendrait ainsi du numérique « en puissance » et, ce qui est numérisé, ne serait plus qu'information : P. Gaudrat et F. Sardain, op. cit., §11.

¹⁴ Comme en témoignent le règlement général sur la protection des données s'agissant des données personnelles et les textes relatifs à l'ouverture des données publiques.

rejeter le principe d'une protection des simples données par le droit de la propriété littéraire et artistique.

Image d'Epinal : la donnée à l'état de nature versus l'œuvre de l'esprit. Dans une approche traditionnelle, les « données » ou « informations brutes » ne peuvent en principe pas être assimilées, en tant que telles, à des œuvres de l'esprit, lesquelles requièrent un degré d'élaboration et de création qu'on ne trouve pas dans la « simple » donnée. Cette vision repose en partie sur l'idée – très hypothétique – que la donnée (ou l'information) existerait à l'état de nature, tandis que l'œuvre relèverait d'un phénomène de création humaine ; elle justifie les principes d'exclusion des données ou d'informations brutes du champ d'application du droit d'auteur, de manière à préserver le « fonds commun ».

La distinction forme et idée, une « vulgate » du droit d'auteur. Le législateur est resté extrêmement discret sur la notion d'œuvre puisque ni le code de la propriété intellectuelle, ni les textes d'harmonisation européens ne la définissent de manière claire ; cette dernière est souvent déterminée en creux au regard de distinctions doctrinales et jurisprudentielles bien établies. Ainsi, il est communément admis qu'une œuvre de l'esprit, objet de la protection par le droit d'auteur, vise une *forme d'expression*¹⁵ et non les idées qu'elle véhicule. Ce principe s'exprime généralement par une « maxime » dont la force normative est avérée en jurisprudence¹⁶ : « *les idées sont de libre parcours* ». Cette exclusion figure désormais à l'article 9 paragraphe 2 des ADPIC selon lequel : « *la protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels.* »

Une distinction reposant sur le principe du fonds commun ou du domaine public. Cette distinction, qui traverse l'ensemble des droits de propriété intellectuelle, laquelle ne porte en principe pas sur de simples idées, constitue une frontière essentielle de préservation du domaine public et la garantie du principe de liberté d'expression (voire de création¹⁷). L'idée ne fait pas œuvre¹⁸ parce qu'elle relève du fonds commun, de ce que toute personne peut penser sans faire l'objet d'un travail de mise en forme ou, plutôt, qui existe indépendamment de l'ensemble des formes d'expression qu'elle peut recouvrir. Exclure les idées de la définition des œuvres revient à les écarter du mécanisme de « réservation » et les préserve ainsi contre tout risque d'appropriation¹⁹. On doit pouvoir penser, s'exprimer et débattre librement des idées même si ces dernières émanent d'autrui sans être soumis à une autorisation préalable, techniquement impossible à collecter et socialement impossible à tolérer dans une société démocratique.

La clé de répartition entre idée et forme est néanmoins délicate à mettre en œuvre²⁰ et a été abondamment critiquée²¹. A titre d'illustration du caractère artificiel de la distinction, Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière²² citent un jugement du tribunal civil de Marseille²³ selon laquelle « *dans le domaine de la science archéologique, les règles et méthodes de recherche*

¹⁵ Ph. Gaudrat, « Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit », Mélanges en l'honneur d'André Françon, Dalloz 1995, p. 195.

¹⁶ V. notamment C. Cass. Com. 29 novembre 1960, *RT_DCom. 1961*, p. 607, obs. Desbois : « une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas en elle-même susceptible d'appropriation privative » ou encore Civ. 1^{ère} 17 juin 2003 pour lequel « *la propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts mais seulement la forme originale sous laquelle ils sont exprimés* » ; C. Cass. Civ. 1^{ère} 13 novembre 2008, *Paradis* ; ss. dir. M. Vivant, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^{ème} éd., 2015, note M. Clément-Fontaine, p. 43 et suiv.

¹⁷ Principe récemment consacré dans la loi CAP (article 1^{er} et article 2 pour la liberté de diffusion de la création).

¹⁸ Une des origines étymologiques du mot œuvre : 1^{ère} moitié XII^{es}. *ovre* « objet créé par l'activité, le travail de quelqu'un » ; ou encore *ca 1145 uevre* « action, fait de faire quelque chose »

<http://www.cnrtl.fr/etymologie/oeuvre>

¹⁹ N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 3^{ème} éd., n° 28

²⁰ C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, Litec, 3^{ème} éd. n° 65 et suiv.

²¹ Ph. Le Tourneau, *Folles idées sur les idées*, *Com. com. électr.* 2001, chron. 4 ; v. C. Caron, op. cit. n° 75.

²² M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Précis Dalloz, 3^{ème} éd. 2016, n° 140.

²³ T. civ. Marseille, 11 avril 1957, *D.* 1957, 369.

et de connaissance, les données matérielles résultant des fouilles, de découvertes doivent être considérées comme acquises au fonds commun, mais chaque savant est en mesure de construire des hypothèses, des explications ou des reconstitutions qui lui demeurent personnellement acquises. Dans un tel domaine, la création consiste dans un rapprochement original de données matérielles et intellectuelles. » On peut également citer une décision qui a reconnu un droit d'auteur dans le processus de sélection d'images dans des archives²⁴.

L'exclusion des « informations brutes ». Comme en atteste cette décision, le mécanisme d'exclusion de certains objets du champ de la propriété intellectuelle se prolonge, sans d'ailleurs que la différence des concepts soit toujours précisée par la mise à l'écart des informations « brutes » de l'emprise du droit d'auteur. La formule est régulièrement reprise dans la doctrine, en dépit de son relatif manque de clarté. Selon certains auteurs, « l'information brute n'est en définitive que l'information considérée dans un état antérieur à tout enrichissement²⁵ », sorte de « *primary commodities (...) voulues librement accessibles* ». A ce titre, il convient de rappeler que la convention de Berne exclut de son champ d'application *les nouvelles du jour ou les faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse* (article 2 paragraphe 8).

D'après la jurisprudence figurent dans cette catégorie « d'informations ressources²⁶ », les nouvelles de presse ou dépêches d'agence²⁷ ; les données publiques²⁸ telles que celles recensées par l'IGN ou l'INSEE. Ainsi, les juges ont pu écarter de la protection du droit d'auteur « *les cotations et négociations boursières (qui) sont des informations brutes et sont un bien commun à tous dès leur publication* »²⁹ ou encore, dans une affaire *Météo France*, les « *messages collectés et présentés sans le moindre apport original, selon des normes et recommandations internationales et une réglementation interne.* »³⁰

Une partie de la doctrine insiste sur la nécessité de faire de cette distinction un élément de délimitation de la protection. Cela signifie, en substance, que l'œuvre suppose, de la part de son auteur³¹ -, une augmentation du réel par la création d'une forme. Ainsi le traité Lucas considère que « *le droit d'auteur ne saisit que des œuvres, pas des informations. Or toutes les informations ne sont pas des œuvres et ce n'est que par une approche exagérément réductrice qu'on ramène les œuvres à des informations.* »³²

A première vue, la coexistence entre les données/informations brutes et le droit de la propriété littéraire et artistique se réaliserait de manière simple au terme d'une distinction entre les premières envisagées comme des *res communis*, de libre parcours et les objets protégés nécessitant une forme d'élaboration plus sophistiquée qui, seule, serait l'objet de la protection, à l'exclusion des données élémentaires qui les constituent. Si l'on s'en tient à cette distinction, il n'existe nul risque de télescopage entre les règles relatives aux « données » et celles qui régissent la protection de la propriété littéraire et artistique.

Toutefois cette conclusion serait hâtive dans la mesure où, faute de critères clairs sur la définition de données ou d'informations, une réservation « indirecte » de ces dernières est possible, non seulement par le mécanisme du droit d'auteur mais également par d'autres dispositifs « privatifs » inscrits dans le code de la propriété intellectuelle.

²⁴ CA Paris, 4^e ch. A 12 décembre 1995, à propos des archives de la RATP, *Dalloz* 1997 p. 237.

²⁵ Vivant, préc. n° 144 et suiv. ;

²⁶ Id.

²⁷ C. Cass. req., 23 mai 1900, *D.* 1902.1.405, aff. *Havas*.

²⁸ T. civ. de la Seine, 10 février 1875 et C. Cass. req. 15 mai 1878, *D.* 1979.1.20 : mise à l'écart du droit d'auteur à propos des séries de prix de règlement des travaux de bâtiments élaborés par une ville. V. J.-M. Bruguière, *Les données publiques et le droit*, Litec, 2002.

²⁹ TGI Compiègne, 2 juin 1989, DIT 1989/4, note N. Poujol, p. 60.

³⁰ Paris, 18 mars 1993, J.-M. Bruguière, *Cahiers Lamy Informatique*, supp. N° 56, fév. 1994.

³¹ Du latin *augere*, *augmenter*, *gonfler*.

³² A. Lucas, A. Lucas-Chloetter, C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 5^{ème} éd. n° 65.

3.2. La réservation « indirecte » des données et contenus par la propriété littéraire et artistique

Pluralité des techniques de réservation. En dépit de la distinction entre les informations brutes et l'œuvre, chère au droit d'auteur, il est avéré que les données incluses dans les œuvres peuvent faire l'objet d'une réservation indirecte par le droit d'auteur. Le droit *sui generis* sur les bases de données offre également la possibilité de grever certains agrégats de données d'un droit opposable lorsque ses conditions de mise en œuvre sont remplies. De manière encore plus générale, les droits voisins, en raison du fait générateur de la protection, permettent à leur titulaire d'opérer un contrôle sur les données. Enfin, il convient d'envisager les conséquences de la mise en œuvre des DRM sur les données et métadonnées de l'œuvre.

3.2.1. La réservation indirecte des données ou contenus par le droit d'auteur

Distinction complexe œuvre / information ou données. Contrairement à la présentation simple qui vient d'être énoncée, la distinction entre ce qui est protégé par le droit d'auteur et ce qui ne l'est pas est complexe à mettre en œuvre, dans la mesure où l'information³³, par essence, nécessite une forme d'expression et où la donnée n'existe pas à l'état de nature mais est souvent le « produit » de l'esprit humain. La donnée ou l'information constituent également une forme d'expression, quoique souvent rudimentaire. La connaissance qui figure dans l'information ou dans la donnée est très fortement enchâssée dans la forme qui la transporte et qui est gage de son intelligibilité³⁴.

En sens inverse, la difficulté vient du fait qu'une forme originale peut également être le siège d'une information, l'œuvre véhiculant des données en elle ou sur elle (métadonnées)³⁵. Soit l'exemple d'une photographie portant sur un sujet d'actualité : la forme de la photographie peut être originale et donner lieu à protection du droit d'auteur tout en recelant une donnée/information – le sujet de la photographie – dont il est difficile voire impossible de rendre compte sans reproduire la forme originale. Ainsi, il a pu être défendu que l'œuvre avait en elle-même une « nature informationnelle³⁶ » mais cette analyse est critiquée.

En tout état de cause, la *fonction* informationnelle de l'œuvre est évidemment présente lorsque celle-ci a pour objet de délivrer une information comme l'œuvre de presse mais elle vaut également pour d'autres types d'œuvres moins directement en prise avec l'information. Par conséquent, au-delà de la pétition de principe selon laquelle le droit d'auteur ne protège pas les informations « brutes », il existe une possibilité de recréer une exclusivité autour des données via les outils du droit d'auteur lorsque ces données s'inscrivent dans une œuvre protégée et n'en sont pas dissociables. C'est l'origine du débat sur l'exception de fouille de textes et de données (dite *TDM* pour *Text & Data Mining*).

Droit d'auteur du titulaire de l'œuvre sur la métadonnée qui en est extraite. La question de l'application du droit d'auteur ne se limite pas aux données qui figurent *dans* l'œuvre mais

³³ Étymologiquement, informer vient de « donner une forme à » ; d'après le lat. *informare* « façonner, former » fig. « représenter idéalement, former dans l'esprit », de l'a. fr. *enformer* « donner une forme à » (1174, Guernes de Pont-Sainte-Maxence, *St Thomas*, éd. E. Walberg, 3078), <http://www.cnrtl.fr/etymologie/informer>
V.-L. Benabou, Pour quoi une œuvre de l'esprit est-elle immatérielle ? *RLDI*, n° 1, p. 1.

³⁴ Lucas, op. cit. n° 66 : « *les nouvelles de presse ne peuvent être investies des droits d'auteur que si le fait brut se coule dans une forme originale. Ce n'est pas à dire qu'une dépêche d'agence de presse soit exclue par principe du bénéfice du droit d'auteur. Mais il est clair que l'information en elle-même ne peut être monopolisée.* »

³⁵ C. Caron, op. cit. n° 76 : « *Le droit d'auteur ne verrouille pas classiquement l'accès au fond qu'il se contente d'exprimer dans une forme particulière. Force est de constater qu'il n'en est plus de même aujourd'hui. En effet, le droit d'auteur a de plus en plus tendance à protéger des créations de forme informationnelles qui sont des informations avant d'être des œuvres. Il en résulte que l'accès à l'information est limité à cause de l'existence du monopole.* »

³⁶ B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie*, Deventer, 1989.

peut également se rapporter aux données *sur* l'œuvre ou métadonnées. S'agissant de la description de l'œuvre, celle-ci est susceptible de déclencher l'exercice du droit du titulaire sur l'œuvre lorsqu'elle emprunte des éléments constitutifs qui témoignent de l'originalité de l'œuvre, à l'instar de certains extraits mais aussi du titre de l'œuvre. Le Code de la propriété intellectuelle précise en effet, à propos des titres, que ceux-ci sont protégés comme l'œuvre elle-même, c'est-à-dire dans la mesure de leur originalité.

Cependant la jurisprudence a pu considérer dans un célèbre arrêt *Microfor* qu'un titre, même original, peut être librement utilisé pour réaliser un index documentaire³⁷. Ainsi, sauf hypothèse de reprise massive de l'œuvre, le titulaire des droits d'auteur ne semble pas pouvoir s'opposer à la réalisation de métadonnées dès lors qu'elles remplissent cette simple fonction d'indexation de l'œuvre. Le fait que cette décision ait été rendue avant l'avènement de la société de l'information pose néanmoins la question de la persistance de cette solution au regard des évolutions intervenues³⁸ depuis lors.

Demeure également posée la question de l'utilisation du droit moral en tant qu'instrument de contrôle de certaines opérations d'indexation. Le droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre ainsi que le droit à la paternité ne pourraient-ils pas dans certaines hypothèses permettre à l'auteur de s'opposer à l'utilisation d'un certain nombre d'éléments d'une œuvre pour en réaliser l'identification, ou obliger les opérateurs à introduire des données quant à la qualité des différents auteurs ou artistes-interprètes ayant contribué à la réalisation d'une œuvre ?

Droit d'auteur du créateur de la métadonnée ? La jurisprudence *Microfor* ne suffit pas à évincer l'ensemble des questions relatives au droit d'auteur car la réalisation des métadonnées peut éventuellement donner naissance à des œuvres protégeables, ce qui a été jugé à propos des sommaires de jurisprudence³⁹. Le traité Lucas⁴⁰ relève que « *à l'instar des résumés, ils (les abstraits) peuvent se concrétiser par une expression personnelle séparable de la fonction. On ne peut donc exclure leur originalité.* » Dans ce cas, c'est l'auteur de la métadonnée – le bibliothécaire, l'archiviste par exemple - qui pourrait exercer un droit de propriété intellectuelle sur son usage.

Toutefois, la possibilité d'une telle qualification n'est pas systématique, le deuxième comité d'experts sur les problèmes de droit d'auteur découlant de l'utilisation des ordinateurs réunie par l'OMPI et l'UNESCO⁴¹ ayant, par exemple, recommandé d'exclure du bénéfice du droit d'auteur les indications bibliographiques mais de protéger les recueils regroupant ces indications. Au surplus, s'agissant des notices bibliographiques, le fort degré de normalisation des informations contenues semble aller à l'encontre de la reconnaissance possible d'une originalité et constituer ainsi un frein à la reconnaissance d'un droit d'auteur. La réponse n'est donc pas univoque s'agissant de la protection des métadonnées par le droit d'auteur. **Si leur forme rudimentaire et contrainte fait en principe obstacle à une telle qualification, il est possible que la reprise de certains éléments de l'œuvre dans la métadonnée relève du droit d'auteur de l'auteur de l'œuvre, comme il est possible que la métadonnée soit le produit d'une création originale de son auteur.**

La protection de la base de données par le droit d'auteur. L'intrication de la donnée et de l'œuvre s'illustre encore notamment dans les bases de données protégées par le droit

³⁷ C. Cass. Ass. Plénière, 30 octobre 1987, *Microfor*, JCP G 1988, II, 20932, rapp. Nicot et note Huet ; D. 1988, p. 21, concl. Cabannes ; RIDA 1/1998, p. 78, concl. Cabannes.

³⁸ V. *infra*, partie II.

³⁹ T. civ. Seine, 1^{er} juin 1883, CA Paris, 5 août 1884, DP 1893, 2, p. 177 ; T. civ. Seine, 7 mai 1896, *Ann. propr. ind.* 1898, p. 44.

⁴⁰ Lucas, n° 134.

⁴¹ *Dr. Aut.* 1982, p. 234.

d'auteur, au titre de l'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle⁴². Certes, le droit d'auteur n'a pas pour objet, en principe, de protéger les données qui sont contenues dans la base mais seulement la structure originale de la base. L'article 3 paragraphe 2 de la directive 96/9 sur les bases de données établit en effet que « *La protection des bases de données par le droit d'auteur prévue par la présente directive ne couvre pas leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu.* »⁴³ Toutefois, la qualification de base de données telle que retenue par la jurisprudence permet une réservation indirecte de la valeur informationnelle des données qu'elle contient.

La base de données selon la Cour de Justice, une notion large et fonctionnelle. La Cour de Justice a, en effet, adopté une appréhension résolument compréhensive de la notion de base de données dans un arrêt du 29 octobre 2015, *Freistaat Bayern c/ Verlag Esterbauer GmbH*⁴⁴ où elle a reconnu qu'une **carte topographique pouvait être qualifiée de base de données**, et ce, en dépit de sa nature analogique. Invoquant ses arrêts précédents⁴⁵, la CJUE estime qu'il convient de conférer à la notion de base de données une portée large, affranchie de considérations d'ordre formel, technique ou matériel (pt 12), la directive accordant une protection à ces bases, « *quelles que soient leurs formes* ». Elle considère que la notion de base de données « *puisse sa spécificité dans un critère fonctionnel* » (pt 16) et relève ainsi que la carte sert de « produit de base » (sic) à l'aide duquel des sous-produits sont fabriqués par l'extraction sélective d'éléments de celle-ci (pt 19). Plus précisément, la base de données est subordonnée à l'existence d'un recueil d'« éléments *indépendants* » c'est-à-dire d'éléments séparables les uns des autres, sans que la valeur de leur contenu informatif, littéraire, artistique, musical ou autre s'en trouve affectée.

Au final, **pour démontrer l'existence de la base de données, il suffit de prouver l'existence d'une indépendance des éléments qui la composent, laquelle dépend de leur valeur d'information autonome à l'issue de leur extraction de la base.** S'agissant de l'exemple de la carte topographique qualifiée de base de données par la CJUE, sa protection éventuelle par le droit d'auteur, si elle est originale, a pour conséquence que l'accord préalable de son auteur est requis pour la reproduction et la communication au public de la carte mais aussi des éléments qui y figurent, sauf si une exception au droit d'auteur peut être invoquée.

La notion d'élément indépendant de la base de données. Dès lors, la qualification d'une base de données semble dépendre de la capacité de réaliser une extraction sans annuler pour la valeur informationnelle des données qui y sont contenues. Encore faut-il noter que la Cour admet qu'une partie de cette valeur informationnelle puisse disparaître lors du procédé d'extraction. Ainsi, si la valeur d'un élément d'un recueil est augmentée par sa disposition dans une base de données « *susceptible de conférer une valeur ajoutée aux éléments constitutifs de cette base de données par l'effet de la disposition de ces derniers de manière systématique ou méthodique et individuellement accessible* », le fait que son extraction puisse éventuellement donner lieu à une diminution correspondante de valeur n'affectera cependant

⁴² On entend par base de données un recueil d'œuvres, *de données* ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen. Initialement la loi française ne visait que les recueils d'œuvres et a modifié sa formulation pour intégrer les recueils de données, conformément au considérant 17 de la directive.

⁴³ Voir également, l'article 10 paragraphe 2 des accords ADPIC selon lequel « Les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes. »

⁴⁴ CJUE, 29 octobre 2015, *Freistaat Bayern c/ Verlag Esterbauer GmbH*, aff. C-490/14, V.-L. Benabou, Une carte topographique est une base de données en raison de sa valeur informationnelle, *Dalloz IP/IT*, 2016 p. 89.

⁴⁵ CJCE 9 novembre 2004, *British Horseracing Board [BHB] c/ William Hill Organisation*, aff. C-203/02 ; CJCE 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing c/ Organismos prognostikon agonon podosfairou [OPAP]*, aff. C-444/02 ; CJCE 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus*, aff. AB C-46/02 ; CJCE 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB*, aff. C-338/02, *RTD com.* 2005. 90, obs. F. Pollaud-Dulian.

pas sa qualification d'« *élément indépendant* », au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la directive 96/9/CE, « *s'il conserve une valeur informative autonome* » (pt 23). En d'autres termes, **la différence de valeur entre la donnée agrégée et la donnée isolée n'empêche pas de conclure à l'existence d'une base de données constituée d'éléments indépendants, dès lors que l'élément conserve une valeur propre après son extraction.**

Vers une qualification systématique de base de données ? Or, la sophistication croissante des outils d'exploration permet de conférer une valeur informationnelle propre aux données de la base, éventuellement différente de celle pour laquelle les données figuraient dans la base. Faut-il continuer à s'attacher à l'ordre (la structure) dans lequel les données ont été rangées pour déterminer s'il existe ou non une base de données ou accueillir dans la catégorie tout arrangement de données, y compris non organisé, dès lors qu'il existe des moyens développés par des tiers pour extraire la valeur informationnelle de la donnée, comme semble le penser la CJUE ?

Si l'on suit cette tendance, qui correspond également au développement technique des « bases » de données non structurées à l'ère des données massives dites « *big data* », la qualification de base de données devient quasiment systématique. En effet, à condition d'appréhender une création de forme dans sa dimension fonctionnelle, on pourra, au regard des critères dégagés par la Cour, qualifier n'importe quelle œuvre de base de données car la valeur informationnelle autonome des éléments extraits peut exister au terme de cette extraction par la plupart des traitements numériques des œuvres : œuvres littéraires, bien entendu, mais aussi images, musique etc. Les nouvelles formes d'exploration des œuvres par la fouille de textes et de données (« *text and data mining* ») - ont précisément pour effet de produire une valeur informationnelle autonome des éléments (seuls ou nouvellement assemblés) d'une œuvre a posteriori de l'extraction. La protection de « l'ensemble de données » (« *data set* ») pourrait jouer, sous réserve de la condition d'originalité⁴⁶.

Possibilité de réservation indirecte de la donnée par la protection de la forme. Lorsque l'œuvre contenant une donnée est protégée par le droit d'auteur, l'extraction de cette donnée ne sera pas toujours possible sans l'accord du titulaire de droit d'auteur sur ladite œuvre au regard des principes qui gouvernent la protection. En effet, le droit de reproduction et le droit de représentation qui lui sont conférés l'investissent d'un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire **toute** reproduction de l'œuvre en question (voir article 2 de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information), quelles qu'en soient la forme et les modalités et **toute** communication au public, sous réserve des exceptions énumérées dans le Code de la propriété intellectuelle.

Mentionnons l'arrêt *Infopaq I*⁴⁷ au cours duquel la Cour de Justice a jugé :

*« Un acte effectué au cours d'un **procédé d'acquisition de données**, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur. »*

« Indissociation » de la donnée et de la forme. Lorsque la donnée emprunte une forme qui relève de l'œuvre de l'esprit originale, la dissociation est alors difficile. Il est certes loisible d'envisager un contournement de la difficulté en recomposant de toute pièce une forme d'expression alternative de l'information mais, outre que ceci nécessite un effort particulier, cette alternative n'est pas toujours envisageable si l'information fait l'objet d'une barrière

⁴⁶ V. *infra*.

⁴⁷ CJUE, 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c/ Danske Dagbledes Forening*, aff. C-5/08.

technique ou contractuelle qui en empêche le libre accès ou si la valeur même de l'information vient de la reprise de la forme. C'est le cas notamment lorsqu'est discutée la véracité d'une proposition scientifique ou lorsque sont relatées les paroles d'une personne dans une interview. Modifier la forme d'expression reviendrait à dénaturer la « donnée » même. Selon les principes du droit d'auteur, si l'information est indissociable de l'œuvre, la reproduction nécessaire à son traitement et sa diffusion doivent, par conséquent, nécessiter l'accord préalable du titulaire, sous réserve d'absence d'originalité de la forme empruntée et du jeu des exceptions.

S'agissant du droit d'auteur, l'éventuelle qualification additionnelle de « base de données » d'une œuvre au regard du critère fonctionnel n'emporte en principe pas de divergence essentielle de régime juridique avec celui de l'œuvre envisagée au regard du champ artistique auquel elle se rattache. Les principes qui gouvernent la protection ou l'emprise des droits exclusifs et les exceptions ne sont pas fondamentalement différents sauf l'exception de copie privée pour les bases de données « électroniques » qui est exclue par l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle (et par conséquent le mécanisme compensatoire qui lui est attaché). Cette absence d'exception de copie privée pour les bases de données numériques est cependant susceptible de réduire encore la capacité d'usage des informations par des individus qui ne pourraient pas se prévaloir d'autres exceptions. Existe en revanche, une exception au terme de laquelle l'auteur ne peut interdire les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat.

3.2.2. La réservation indirecte par le droit *sui generis* sur les bases de données

La protection du « contenu » de la base. Outre la protection des bases de données par le droit d'auteur, la directive 96/9 a introduit un droit *sui generis* transposé dans la loi française en 1998. Sans entrer dans le détail du régime de ce droit qui a fait l'objet d'une récente consultation de la Commission européenne⁴⁸, il s'agit de déterminer dans quelle mesure ce droit permet une réservation des données qui figurent dans la base. L'objectif du droit *sui generis* était précisément de permettre à la personne⁴⁹ ayant procédé à un investissement quantitativement ou qualitativement substantiel dans l'élaboration de la base de données de s'opposer à l'extraction quantitativement ou qualitativement du contenu de la base, à savoir des données qui y figurent⁵⁰. Ainsi, si le droit *sui generis* n'autorise pas une exclusivité sur une donnée en particulier, il organise une forme de réservation sur une « masse » de données, voire sur quelques-unes seulement d'entre elles à condition de démontrer l'investissement substantiel en regard.

En outre, l'article L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *le producteur peut également interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement non substantielles du contenu de la base lorsque ces opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données* ». Par conséquent, le périmètre du droit d'exclure ne se limite pas à une extraction unique mais prend en considération l'extraction « au fil de l'eau » lorsque celle-ci aboutit au même résultat qu'une extraction réalisée en une seule fois.

Le standard de référence, à savoir ce qui excède manifestement les conditions d'utilisation normale de la base, ne faisant l'objet d'aucune définition *a priori*, l'utilisateur sera, en pratique,

⁴⁸ V. Pour une étude d'ensemble : Study in Support of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases, sous la direction de L. Bentley et E. Derclaye, European Union 2018 et le document de la Commission COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases {SWD (2018) 147 final} du 25 avril 2018.

⁴⁹ Sur la définition du producteur de la base de données, cf. L'article L. 341-1 du code de la propriété intellectuelle.

⁵⁰ Article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle.

incité à se limiter aux extractions permises dans le contrat qui détermine les termes de l'usage de la base. On peut difficilement considérer qu'il existe une liberté d'extraire des données couvertes par le droit *sui generis*, quand bien même le code de la propriété intellectuelle dans son article L. 342-3 prévoit expressément que « lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire l'extraction ou la réutilisation d'une partie non substantielle, appréciée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de la base, par la personne qui y a licitement accès. » En effet, le risque de voir *a posteriori* qualifier l'extraction de substantielle peut dissuader l'utilisateur d'y procéder. En tout état de cause, **la question se pose du seuil à partir duquel il est loisible de copier et d'utiliser des données sans demander l'autorisation au producteur de la base de données de le faire.**

Toutefois, en dépit d'un mécanisme de protection très robuste, le droit *sui generis* sur les bases de données ne semble pas donner lieu à des applications pratiques très probantes, même si le rapport d'évaluation de la Commission européenne⁵¹ laisse entendre que les producteurs de base de données sont satisfaits de la sécurité juridique que leur offre l'instrument. Les auditions menées par la mission ont témoigné d'un certain manque d'intérêt pour cette protection, notamment eu égard à la difficulté d'administrer la preuve requise pour entrer dans la protection, à savoir l'existence d'un investissement quantitativement ou qualitativement substantiel⁵². En effet, **l'exclusion de la prise en compte de l'investissement sur la production de la donnée du champ d'application du droit *sui generis* opéré par les arrêts de 2004 a contribué au manque d'intérêt des opérateurs pour ce type de protection**⁵³.

3.2.3. La réservation indirecte par les droits voisins

Multiplicité des droits. La propriété littéraire et artistique au plan national comme international reconnaît une protection à d'autres objets que les œuvres à travers des droits dits voisins ; les prestations des artistes interprètes, les phonogrammes, les vidéogrammes et, dans une certaine mesure, les programmes des entreprises de communication audiovisuelle. Ces droits, de facture plus récente et aux définitions différentes, sont octroyés selon des critères multiples qui ne peuvent pas être extrapolés à partir des définitions du droit d'auteur. S'agissant de l'éventuelle réservation des données par les droits voisins, elle obéit à des logiques différentes selon les droits en cause.

Proximité du droit de l'artiste-interprète sur sa prestation et du droit d'auteur. Les droits voisins des artistes-interprètes entretiennent une certaine parenté avec le droit d'auteur. Historiquement d'ailleurs, les prestations d'artiste interprète ont pu, un temps, relever de la protection du droit d'auteur. En droit français, la prestation protégée se réfère à l'interprétation d'une œuvre qui témoigne d'un caractère personnel⁵⁴, notion effectivement très proche de l'originalité. Ainsi, il est exigé que la prestation se rapporte à une œuvre⁵⁵, sans d'ailleurs que

⁵¹ Rapport préc., p. 23.

⁵² Le rapport mentionne au contraire une jurisprudence assez accueillante en droit comparé, quant au niveau de l'investissement, p. 27.

⁵³ Cf. *infra*, I.3.3.2.

⁵⁴ Le droit d'artiste-interprète, selon la jurisprudence, ne peut être reconnu qu'à des interprétations personnelles : V. [Cass. 1re civ., 24 avr. 2013, n° 11-20.900, SARL Du jamais vu c/ X., 2e esp.](#) : [JurisData n° 2013-007959](#) ; *Com. com. électr.* 2013, comm. 75, note C. Caron ; *Légipresse* 2013, n°307, III, p. 418, comm. G. Querzola ; *Comm. com. électr.* 2013, chron. 9, n°7, – Adde, en dernier lieu, [CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 15 mars 2016, n° 14/17749, Éric F. c/ SARL JTC et SA Marc Dorcel](#) : *Propr. intell.* 2016, n° 60, p. 320, obs. J.-M. Bruguière ; [Comm. com. électr. 2016, chron. 11, n° 2.](#)

⁵⁵ Contre la reconnaissance du droit voisin indépendamment de l'exigence d'une œuvre, M. Vivant et J.-M. Bruguière, n°1223 pour lesquels « l'interprétation suppose une œuvre-source », citant à l'appui de cette idée, la jurisprudence « Etre et avoir », C. Cass. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, *Propr. Intell.* Avril 2009, p. 172, obs. A. Lucas ; *Com. com. électr. comm.* 2, note C. Caron ; *RTD Com.* 2009, 128, obs. F. Pollaud-Dulian, excluant la possibilité d'une interprétation dans un documentaire dans lequel l'instituteur se bornait à apparaître dans la réalité de son activité.

ne soit clairement indiqué si l'œuvre en question doit être originale⁵⁶. Il n'est en tous cas pas nécessaire qu'elle soit « encore » protégée par le droit d'auteur car la prestation d'un comédien de théâtre peut aussi bien être protégée lorsqu'il interprète une pièce du répertoire contemporain qu'une œuvre du domaine public. Le seuil d'exigence peut s'avérer assez bas, comme en témoigne l'octroi de la protection pour la prestation de lecture réalisée dans le cadre d'un documentaire audiovisuel technique⁵⁷. En revanche, la simple image d'un artiste interprète ne s'apparente pas à une prestation protégée, sauf à considérer que cette image constitue une manifestation de l'interprétation.

Distinction données / Prestation. S'agissant de la distinction « information brute » / prestation, si une œuvre fait l'objet d'une interprétation personnelle comme la lecture d'un texte par un comédien, la reprise des données contenues dans le texte n'emporte pas violation du droit de l'artiste lorsqu'il n'y a pas de reprise de la voix qui lit, par exemple au terme d'une transcription écrite. Si, en revanche, la « donnée » est orale, l'interprétation fait corps avec celle-ci. A l'instar du droit d'auteur, l'hypothèse de cumul de qualifications peut alors se manifester. Bien souvent, ce sera affaire de contexte. Dans une anthologie du cinéma français, la prestation de Bernard Blier en train d'interpréter « Les tontons flingueurs » dispose d'une valeur informationnelle spécifique : histoire du cinéma, pédagogie sur le jeu d'acteur, etc qui est dissociable de son jeu dans le film. Elle sera alternativement envisagée comme une prestation protégée par le droit de la propriété intellectuelle, une donnée ou un contenu selon son usage.

Droits voisins des producteurs. La réservation de « données » ou « contenus » est également possible via les droits voisins des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes. Le fait générateur de la protection n'est pas clairement défini car l'analyse hésite entre le critère de l'investissement financier et celui de la fixation. Si l'on s'en tient à la lettre de la loi, l'attribution du droit du producteur revient à celui qui a eu l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de sons⁵⁸ ou d'images. A été jugé que la « participation financière d'une société à la production des enregistrements, à quelque degré qu'elle s'établisse, ne suffit pas à lui conférer la qualité de coproducteur dès lors qu'elle n'implique ni initiative, ni responsabilité.⁵⁹ ». L'objet de la protection est indépendant du support⁶⁰, ce qui fait que la fixation peut s'inscrire dans n'importe quelle matière tangible ou intangible⁶¹. Un CD ou un fichier mp3 ne sont pas des phonogrammes mais « comportent » des phonogrammes.

Il n'est pas nécessaire que la fixation porte sur une œuvre, ou sur une prestation d'un artiste interprète car « la simple fixation d'images fait naître des droits au profit de celui qui la réalise, indépendamment de toute œuvre de l'esprit⁶² ». Peuvent être couverts par un droit exclusif des objets qui ne sont pas originaux. A été, par exemple, jugé qu'une captation d'un concert

⁵⁶ La doctrine ne semble pas retenir cette exigence, v. discussion *infra*.

⁵⁷ CA Paris, 4^e ch., 10 octobre 2003, *RIDA* 2/2004, p. 324 ; *Propr. Intell.* 2004, p. 560, obs. A Lucas.

⁵⁸ Article L. 213-1 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2012, n° 11-13.875 : *JurisData* n° 2012-016355 ; CA Paris pôle 6, 2^e ch., 14 févr. 2013, n° 11/01750 : *Propr. intell.* 2013, n° 47, p. 208, obs. J.-M. Bruguière ; *Comm. com. électr.* 2014, chron. 4, n° 21, obs. X. Daverat.

⁶⁰ TGI Paris, 3^e ch., 15 janv. 2010 : *Propr. intell.* 2010, p. 719, obs. J.-M. Bruguière ; *Gaz. Pal.* 17 févr. 2010, p. 24, obs. L. Marino ; *RLDI* févr. 2010, n° 1886, obs. L. Costes ; *RLDI* avr. 2010, n° 1941, obs. P.-F. Rousseau, confirmé par CA Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 7 mars 2012, n° 10/01369 : *RLDI* avr. 2012, n° 2707, obs. L. Costes ; *Comm. com. électr.* 2012, chron. 9, obs. P. Tafforeau.

⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-17.794, SPEDIDAM c/ SARL iTunes et a. : *JurisData* n° 2013-018957 ; *JCP G* 2013, 1071, N. Binctin ; *Comm. com. électr.* 2013, comm. 100, Ch. Caron ; *D.* 2013, p. 2388, note G. Querzola ; *Juris Art*, 7 nov. 2013, p. 42, obs. J. Brunet ; *RLDI* nov. 2013, n° 3238, obs. A. Singh et L. Biyao ; *RLDI* janv. 2014, n° 3304 ; *Légipresse* 2013, n° 310, p. 604, comm. P. Tafforeau

⁶² CA Paris, pôle 5, 2^e ch., 3 oct. 2014 : *Comm. com. électr.* 2015, chron. 9, n° 3, obs. P. Tafforeau.

ne présentant pas le caractère d'une œuvre audiovisuelle originale est néanmoins susceptible de recevoir une protection au titre du droit voisin du producteur de vidéogramme⁶³.

Chevauchements possibles. Comme en témoignent les définitions larges des objets protégés par les droits des producteurs, certains sont susceptibles de recouvrir la notion de données (sons, images), ou à tout le moins de séquences de données. La justification de la protection en matière de phonogrammes et de vidéogrammes réside pour l'essentiel dans l'idée d'un risque conjugué à l'investissement nécessaire à la réalisation de la *première* fixation. Le champ d'application de la protection est conditionné par cette affirmation, c'est-à-dire que le producteur ne pourra pas revendiquer de droit s'il n'y a pas reprise de la fixation dont il a eu la responsabilité. S'agissant du croisement avec la notion de données ou de contenus, on peut en déduire que le producteur ne dispose nullement d'un droit d'autoriser ou d'interdire la re-création d'une séquence identique par d'autres moyens, dès lors qu'elle ne reproduit pas la fixation. Ainsi, les données-informations figurant dans les phonogrammes ou les vidéogrammes sont susceptibles d'être extraites par re-création. En revanche, une quelconque utilisation de la fixation initiale, en tout ou partie, y compris d'éléments non originaux⁶⁴, suppose l'autorisation des producteurs, sous réserve du jeu des exceptions. La Cour constitutionnelle allemande a néanmoins jugé qu'un droit dont le champ d'application serait illimité serait contraire à la liberté artistique qui est constitutionnellement protégée en Allemagne⁶⁵.

Droit des entreprises de communication audiovisuelle et contenus. S'agissant du droit voisin des organismes de communication audiovisuelle, l'objet même de la protection est discuté. Certains textes considèrent qu'il s'agit du signal⁶⁶ (faisceau électrique), d'autres estiment qu'il se rapporte à la notion d'émission⁶⁷ ou encore à celle de programme⁶⁸ lesquelles demeurent également vagues dans leur définition, montrant qu'il est difficile de déterminer si le droit porte sur le vecteur ou sur le « contenu » véhiculé. On a pu mettre en avant l'idée que le programme constituant l'identité de la chaîne, il procède également de la logique des signes distinctifs⁶⁹. La jurisprudence récente a quelque peu éclairé la notion⁷⁰ en droit français au sujet de la notion de « programmes » dont la définition figure dans la loi sur la liberté de

⁶³ CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 oct. 2014, n° 13/21736, SARL Chicken's Chicots Production c/ Sté TF1 et a. : *Comm. com. électr.* 2015, chron. 6, « Un an de droit de l'audiovisuel », n° 6, B. Montels ; *Propr. intell.* 2015, n° 54, p. 69, obs. J.-M. Bruguière.

⁶⁴ Dans sa décision *Metall auf Metall*, BGH, 20 novembre 2008, case I ZR 112/06, *GRUR* 2009, 403, le Bundesgerichtshof a étendu le droit voisin à chaque note d'un enregistrement sonore parce que l'investissement du producteur se reflète dans chaque partie – même minime – de l'enregistrement.

⁶⁵ Cour constitutionnelle allemande 31 mai 2016, case 1 BvR 1585/13 of, *GRUR* 2016, 690, et à sa suite *Metall auf Metall III*, BGH, 1^{er} juin 2017, case I ZR 115/16.

⁶⁶ L'article 6 du projet de traité examiné par l'OMPI dispose que,

0) La protection prévue par le présent traité sur la protection des organismes de radiodiffusion examiné par l'OMPI stipule : « La protection prévue par le présent traité ne s'étend qu'aux signaux (...) » (*SCCR/12/2 Rev. 2*).

⁶⁷ Tant l'article 13 de la convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion que l'article 14, 3, de l'accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994 reposent sur la notion d'émission. La convention de Rome définit formellement son objet, en son article 3, f) :

« f) "émission de radiodiffusion", la diffusion de sons ou d'images et de sons par le moyen des ondes radioélectriques, aux fins de réception par le public (...) ».

⁶⁸ D. Lefranc, *Jurisclasseur PLA*, Fasc. 1470, Droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle, n° 16 : Pour la Commission nationale de la communication et des libertés, un programme est constitué de la « suite des émissions diffusées par un service de communication audiovisuelle entre l'ouverture et la fermeture de l'antenne ». Quant à l'émission, il s'agit de « tout élément de programme individualisé par un générique propre » (*Déc. n° 87-361, 31 déc. 1987 : JO 13 janv. 1988, p. 581*, note de terminologie relative à certains termes ou expressions employés, en matière de programmes télévisés, dans les décisions de la CNCL).

⁶⁹ D. Lefranc, *Jurisclasseur PLA*, Fasc. 1470, Droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle, n° 19.

⁷⁰ V. P. Tafforeau *Comm. Comm. Electr.* n° 10, Octobre 2017, chron. 11 ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 2 déc. 2014, n° 13/08052, TF1 et a. c/ Dailymotion : *Propr. intell.* 2015, n° 54, p. 73, obs. C. Bernault ; TGI Paris, 3e ch., 1re sect., 9 oct. 2014, n° 13/01249, SAS Playmédia c/ Sté France Télévisions-FTV : *JurisData* n° 2014-035867 ; *RTD com.* 2014, p. 820, obs. F. Pollaud-Dulian ; *LEPI* déc. 2014, n° 167, p. 1 ; *Propr. intell.* 2015, n° 54, p. 70, obs. A. Lucas ; *Légipresse* 2014, n° 322, synthèse propriété littéraire et artistique, p. 704, obs. C. Alleaume.

communication⁷¹, soit « *une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons* » pour le programme audiovisuel, « *une suite ordonnée d'émissions comportant des sons* » pour le programme radio. Ainsi, une émission de radio effectuée en direct et consistant en des bruits et chants de la nature constitue un *programme*, lequel est par ailleurs un « contenu » audiovisuel. La reprise d'un tel programme nécessite en principe l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle qui l'a diffusé, y compris lors d'une mise à disposition au public⁷², au terme d'une interprétation du droit français à la lumière de la directive 2001/29.

La question de savoir si le droit s'étend aux éléments de contenus isolés s'est posée notamment à propos des photographies tirées des programmes et destinées à illustrer la présentation de la programmation. Les rédacteurs de la Convention de Rome qui avaient perçu la difficulté avaient refusé de prendre position mais néanmoins souligné que « *laisser entièrement libre la faculté de photographier des émissions de télévision et d'en reproduire dans la presse des photos les plus marquantes est de nature à gêner les relations des organismes de radiodiffusion avec les agences de presse.* » L'Allemagne a adopté une loi reconnaissant spécifiquement au radiodiffuseur le droit exclusif de faire des photographies de ses émissions et de les mettre en circulation. Mais ni le projet de traité actuellement débattu à l'OMPI sur la protection des organismes de radiodiffusion, ni le droit français n'ont explicitement consacré un tel droit d'interdire la reproduction de photographies tirées de programmes⁷³ au titulaire du droit voisin. Partant, il est difficile de dire si un tel acte constitue une reproduction partielle relevant du monopole d'exploitation ou si la photographie, faute d'être une image animée, ne peut être assimilée à une partie du programme audiovisuel.

3.2.4. Influence des DRM sur la disponibilité des données et des contenus

Contrôle d'accès par les mesures techniques de protection. Lors des traités OMPI de décembre 1996⁷⁴ mais également au moment de leur implémentation en droit européen par la directive 2001/29⁷⁵, il a été beaucoup question, dans un contexte de lutte contre la contrefaçon, des « DRM » (Digital Right Management) dénommées en français « mesures techniques de protection et d'information » dans leur double volet de contrôle d'accès et de traçabilité des œuvres sur internet. Les possibilités massives de contrefaçon liées à la numérisation des œuvres et à leur rapide dissémination sur les réseaux ont suscité une réponse de nature technico-juridique consistant à introduire une protection juridique contre le contournement des mesures techniques de protection afin de contrôler l'accès ou la copie des œuvres et autres objets protégés par la propriété intellectuelle. Les États membres ont créé des mécanismes de sanction contre les mesures de contournement de ces dispositifs. Par conséquent, lorsqu'une œuvre ou un autre objet protégé fait l'objet d'un tel système technique de contrôle, il n'est pas possible d'accéder directement ou de copier en violation de ce système l'œuvre ou l'objet protégé, ainsi que les données qu'ils contiennent, à peine de sanctions pénales. Les titulaires de droits ont le loisir de contrôler l'accès aux données et leur usage par cet outil. Des arbitrages sont aménagés dans la loi pour permettre l'exercice de certaines exceptions, mais il n'existe pas de droit d'accès général à l'information contenue dans les œuvres ou objets protégés par les DRM.

⁷¹ L. n° 1986-1067, 30 sept. 1986, art. 2, al. 4 et 5.

⁷² CA Paris, pôle 5, ch. 1, 2 déc. 2014, n° 13/08052, TF1 et a. c/ Dailymotion : *Propr. intell.* 2015, n° 54, p. 73, obs. C. Bernault.

⁷³ La Cour de cassation a, en revanche, reconnu un tel droit aux organisateurs d'une manifestation sportive, considérés comme propriétaires des droits d'exploitation de l'image de cette manifestation notamment par diffusion de clichés photographiques réalisés à cette occasion : Cass. com., 17 mars 2004, n° 03-12771, Trophée Andros : Bull. civ. 2004, IV, n° 58, p. 60 ; *Comm. com. électr.* 2004, comm. 52, obs. Ch. Caron.

⁷⁴ Article 12 du traité OMPI sur le droit d'auteur et, dans des termes sensiblement similaires, article 19 du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions des phonogrammes (WPPT).

⁷⁵ Directive 2001/29, article 7.

On notera que les sanctions relatives au contournement prévues par le code de la propriété intellectuelle ne sont applicables que si les mesures contournées sont attachées à des objets protégés par un droit de propriété intellectuelle. Les équilibres opérés sont cependant sans préjudice de l'application d'autres dispositifs légaux venant sanctionner l'intrusion ou le maintien dans un système de traitement automatisé de données⁷⁶.

Possibilité de réservation indirecte de la métadonnée par le régime afférent aux informations sur le régime des droits. S'agissant des métadonnées, on peut également s'interroger sur l'application des mécanismes relatifs à l'information sur le régime des droits. En effet, selon l'article 12 du traité OMPI sur le droit d'auteur, l'expression « *information sur le régime des droits* » s'entend « *des informations permettant d'identifier l'œuvre, l'auteur de l'œuvre, le titulaire de tout droit sur l'œuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre, et de tout numéro ou code représentant ces informations, lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à l'exemplaire d'une œuvre ou apparaît en relation avec la communication d'une œuvre au public.* » Cette disposition a été transposée en 2006 dans le code de la propriété intellectuelle et figure désormais à l'article L. 331-11 qui instaure une protection pour les informations sous forme électronique concernant le régime des droits afférents à une œuvre, lesquelles s'entendent, dans une formule assez proche quoique distincte, de « **toute information fournie par un titulaire de droits qui permet d'identifier une œuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou un titulaire de droit, toute information sur les conditions et modalités d'utilisation d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, ainsi que tout numéro ou code représentant tout ou partie de ces informations.** »

Cette définition qui vise à la fois les éléments d'identification des titulaires et de l'œuvre et les informations relatives à son utilisation recouvre en partie celle des métadonnées qui se rapportent à l'œuvre (ou aux autres objets protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique). Elle sert, en substance, à instaurer un régime permettant de s'opposer à la soustraction ou à la modification desdites informations et à empêcher la distribution des objets protégés qui auraient été privées de ces informations ou dont les informations auraient été modifiées avec l'intention de faciliter une contrefaçon. Ainsi, il n'y a pas, à proprement parler, de « droit privatif » sur les informations concernant le régime des droits mais une possibilité de poursuite pénale des personnes qui les supprimeraient ou les modifieraient sans autorisation. Il convient toutefois de se demander dans quelle mesure ces dispositions ne confèrent pas aux titulaires des droits sur les œuvres un pouvoir de contrôle sur les métadonnées qui les accompagnent. En effet, la rédaction de la loi française – semblable à celle de la directive – diffère du texte du traité en envisageant de conférer la protection aux seules informations « *fournies par un titulaire de droits* » et non à toute information quelle qu'en soit l'origine. Ainsi, la *ratio legis* ne consiste pas à instaurer une protection sur la véracité de l'information contre son détournement mais à conférer au titulaire la possibilité de rester maître de l'information sur l'œuvre « attachée » à la mise à disposition de cette dernière.

Il n'est pas exclu qu'en se prévalant de sa capacité à poursuivre la modification des informations, un titulaire de droit d'auteur sur l'œuvre puisse empêcher un tiers de réaliser des métadonnées différentes de celles qu'il a lui-même apposées sur l'œuvre, au motif que cette modification serait susceptible de « faciliter une atteinte au droit d'auteur ». Quid du bibliothécaire qui voudrait mettre à disposition un exemplaire de l'œuvre via un fichier électronique dont il actualiserait les informations ? On pourra rétorquer que manque alors l'élément moral de l'infraction, requis par le code de la propriété intellectuelle, notamment à l'article L. 335-3-2. A notre connaissance, ces dispositions n'ont pas donné lieu à un contentieux permettant d'en mieux cerner les conditions de mise en œuvre.

⁷⁶ Articles 323-1 à 323-8 du code pénal.

Il est communément admis que les données brutes ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Pourtant, une analyse plus fine montre que divers mécanismes induisent ou pourraient induire une réservation indirecte des données et contenus par la propriété littéraire et artistique : droit d'auteur du créateur d'une métadonnée ou du titulaire de l'œuvre sur la métadonnée qui en est extraite ; protection du contenu de la base de données par le droit *sui generis*, le producteur pouvant s'opposer à l'extraction de toute partie quantitativement ou qualitativement substantielle ; droit du producteur de phonogrammes ou de l'entreprise de communication audiovisuelle d'empêcher la reproduction de toute partie ; contrôle de l'accès aux données contenus dans l'œuvre par des mesures techniques de protection.

Les différents instruments de la propriété littéraire et artistique couvrent un ensemble hétéroclite d'œuvres, de prestations, de séquences de sons, d'images dont la reprise, individuelle ou massive, constitue un enjeu grandissant à l'heure à l'ère des données massives (« *big data* »). **Par conséquent, la rencontre des mécanismes de réservation de la propriété littéraire et artistique avec les nouvelles régulations d'actifs « immatériels » alimentant les flux d'échanges numérique, loin d'être accidentelle, devient systémique.**

4. Une massification des contenus porteuse d'assimilation entre objets protégés et non protégés par la propriété littéraire et artistique

Les « contenus numériques » ont d'abord renvoyé à une notion du vocabulaire technique et économique d'internet avant de faire leur entrée dans le droit positif. Présente aujourd'hui dans plusieurs textes en vigueur ou en cours de discussion, la notion de contenus se caractérise par une absence de définition ou par des définitions lacunaires, ce dont la vocation finaliste de ces régimes juridiques s'accommode sans doute assez bien.

L'émergence de la notion de contenu numérique interfère à deux égards avec le droit de la propriété littéraire et artistique. D'une part, la notion elle-même est porteuse d'une indifférenciation entre les objets protégés par la propriété littéraire et artistique et ceux qui ne le sont pas, tous rassemblés sous cet intitulé englobant (2.1.) D'autre part, les régimes juridiques instaurés poursuivent d'autres finalités (neutralité d'internet, protection des consommateurs) que celles de la propriété littéraire et artistique, qui peuvent entrer en conflit avec elle (2.2.). L'articulation de ces régimes juridiques nouveaux avec celui de la PLA doit ainsi être clarifiée (2.3.).

4.1. Le contenu, notion technico-économique inhérente à l'architecture d'internet

Pour comprendre l'émergence de la notion de contenu numérique, il faut en revenir à l'architecture d'internet, qui la porte en germe, de même que le principe de traitement indifférencié de ces contenus.

Aux fondements d'internet, le protocole TCP/IP et l'architecture par couches. La puissance d'internet tient à ce qu'il permet à ses utilisateurs de recourir à des services très variés (l'envoi d'un texte, la lecture d'un journal, une communication vocale, le visionnage d'une vidéo, l'utilisation de la puissance de calcul d'un ordinateur distant, etc.) en s'appuyant sur un unique protocole de communication. Ce protocole, dénommé TCP/IP (*Transmission Control Protocol / Internet Protocol*), défini en 1973 par Robert E. Kahn, ingénieur de la DARPA, et Vinton Cerf, chercheur à Stanford, repose sur une architecture ouverte : tout réseau local peut se connecter à internet sans qu'il soit besoin de le modifier. Par ailleurs, la communication sur internet procède par « couches ». De manière très schématique, on peut

distinguer deux couches⁷⁷, la « couche basse », qui est celle des infrastructures assurant l'acheminement des signaux électroniques, et la « couche haute », qui est celle où opèrent les services utilisés par les internautes. Lorsqu'un internaute veut utiliser un service (par exemple envoyer un mail), les données transmises sont d'abord traduites de la couche haute vers la couche basse (le texte du message est converti en « bits », c'est-à-dire une succession de 0 et de 1), acheminées sous cette forme par les réseaux de communications électroniques, puis retraduites de la couche basse vers la couche haute. La couche basse est celle où interviennent les opérateurs de communications électroniques, dont les fournisseurs d'accès à internet (FAI)⁷⁸, la couche haute celle où opèrent ceux que la loi appelle les « *fournisseurs de services de communication au public en ligne* »⁷⁹, qui mettent en œuvre les services utilisés par les internautes (messagerie électronique, hébergement de sites internet, etc.).

Une notion porteuse en elle-même d'une vocation à un traitement indifférencié. La notion de contenus numériques découle de cette architecture. L'appellation générique de contenus numériques permet de désigner tout ce qui transite sur la « couche haute » d'internet. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) emploie d'ailleurs parfois l'expression de « *fournisseur de contenus et d'applications* » (FCA) ou de « *fournisseurs de contenus, de services et d'applications* »⁸⁰ pour désigner les acteurs de la couche haute, par opposition aux FAI qui sont les acteurs de la couche basse.

De cette architecture découle également l'indifférenciation des contenus numériques. Non seulement le protocole TCP/IP permet de prester sur la couche haute d'internet tout type de services de fourniture de contenus, mais il implique que les opérateurs de la couche basse traitent tous ces services de la même manière car ils sont aveugles aux contenus acheminés. En effet, lorsque des données sont traduites de la couche haute vers la couche basse, elles sont « encapsulées » : de manière très schématique, la donnée qui fait l'objet de la communication (le courriel ou la page du site internet) est enveloppée de données techniques utiles à la communication, notamment les adresses IP de l'émetteur et du destinataire. Seules ces données techniques sont lues par les opérateurs de la couche basse et ce n'est qu'au niveau du destinataire que la donnée est « décapsulée » et peut être traitée par les services de la couche haute.

Distinction économique entre les « tuyaux » et les « contenus ». Notion technique, le contenu numérique est aussi par là-même une notion économique, puisque l'architecture qui vient d'être décrite permet de distinguer deux types d'acteurs économiques, les fournisseurs d'accès à internet et les fournisseurs de contenus. La distinction entre « tuyaux » et « contenus », lieu commun de l'analyse économique des secteurs des télécommunications et des médias, repose sur la dualité inhérente à internet. Elle ne constitue cependant pas une cloison étanche : les stratégies de convergence entre « tuyaux » et « contenus » défraient régulièrement la chronique économique et les services fournis par les acteurs de la couche

⁷⁷ Il s'agit d'une présentation simplificatrice. Le protocole TCP/IP distingue quatre couches : l'interface réseau, internet, le transport et l'application (ordre du bas vers le haut). La norme OSI (*Open Systems Interconnection*), définie par l'Organisation internationale de la normalisation, en compte sept.

⁷⁸ L'article L. 32 (15°) du code des postes et des communications électroniques définit l'opérateur comme « *toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques* ». Parmi les opérateurs, les FAI sont ceux qui sont en rapport direct avec l'utilisateur final et lui fournissent un service de communications électroniques. D'autres opérateurs se bornent à gérer des réseaux par lesquelles transitent les communications et ne sont pas en rapport direct avec les utilisateurs finals.

⁷⁹ L'article L. 32 (23°) du CPCE qualifie ainsi « *toute personne assurant la mise à disposition de contenus, services ou applications relevant de la communication au public en ligne* », celle-ci étant elle-même définie par l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* ».

⁸⁰ Voir notamment ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, septembre 2010.

haute peuvent concurrencer ceux de la couche basse. Ces dynamiques économiques ont d'ailleurs été l'un des facteurs de l'émergence de régimes juridiques fondés sur la notion de contenus numériques, tels que le principe de neutralité du net.

4.2. Une définition insaisissable, qui sous-tend des régimes juridiques finalistes

D'une notion frontière à la définition de garanties pour les utilisateurs d'internet. La première occurrence de la notion de contenus numériques est intervenue dans le droit des communications électroniques, mais il ne s'agissait alors que de marquer la limite de celui-ci et de définir le domaine dans lequel il n'avait pas à intervenir. La directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite « directive-cadre », affirme dans son considérant 5 qu'il « *est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus* ». L'article 1^{er} prévoit que la directive-cadre, comme les autres directives du « paquet télécoms » ne porte pas atteinte à la « *réglementation en matière de contenus* » ; il s'agissait alors notamment de distinguer la régulation des communications électroniques de celle de l'audiovisuel.

Depuis lors, la notion a été reprise dans d'autres textes avec un contenu positif, tendant à garantir de nouveaux droits aux utilisateurs d'internet. Le droit des communications électroniques et le droit de la consommation apparaissent comme ses deux domaines d'élection :

- Au sein du droit des communications électroniques, un principe de « neutralité d'internet », qui peut se définir simplement comme un égal traitement des contenus par les opérateurs de communications électroniques, a progressivement été affirmé, d'abord dans des instruments de droit souple puis dans le règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert⁸¹ et la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Adoptée en des termes proches par d'autres grandes nations en nombre d'internautes, comme l'Inde ou le Brésil, la neutralité du net a en revanche été abandonnée par les Etats-Unis en décembre 2017, la Federal Communications Commission abrogeant sa réglementation antérieure.
- Dans le droit de la consommation, la notion a été introduite à l'occasion de la refonte des directives de l'Union européenne en la matière en 2011⁸². Il ne s'agissait alors que d'affirmer la pleine applicabilité de ce droit à la consommation de biens ou de services non tangibles, sans prévoir pour elle de dispositions spécifiques. Des droits spécifiques se sont ensuite progressivement affirmés, d'abord dans la loi française pour énoncer le principe de loyauté des plateformes (qui se définissent elles-mêmes par le classement ou le référencement de contenus mis en ligne par des tiers)⁸³, puis au niveau de l'Union dans la proposition de directive en cours de discussion concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique⁸⁴.

⁸¹ Titre complet : Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

⁸² Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

⁸³ Article L. 111-7 du code de la consommation, dans sa version issue de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁸⁴ 2015/0287 (COD).

Une définition absente ou lacunaire. Nombre de ces textes ne donnent aucune définition des expressions « contenus » ou « contenus numériques » qu'ils emploient. C'est le cas de la directive du 7 mars 2002 et du règlement du 25 novembre 2015, en matière de communications électroniques, ainsi que de l'article L. 111-7 du code de la consommation (le terme de contenus servant à définir celui de plateforme mais n'étant pas lui-même défini).

La directive du 25 octobre 2011 et la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique réalisent quant à elles un effort de définition, qui laisse cependant bien des questions en suspens⁸⁵. L'article 2.11 de la directive du 25 octobre 2011 est succinct et général (le « *contenu numérique* » s'entend « des données produites et fournies sous forme numérique »), renvoyant à la notion elle-même vaste et non définie de « données » et suggérant que tout ce qui est numérique est un contenu numérique au sens de ce texte. Cette généralité contraste avec les indications données par le considérant 19, qui précise que « par contenu numérique, on entend les données qui sont produites et fournies sous une forme numérique, comme les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen ». Si l'on s'en tient à ces énumérations, la notion de contenu numérique demeure toujours vague mais elle est essentiellement tournée vers des contenus à caractère culturel. Il ne s'agirait donc pas au premier chef de simples éléments bruts d'information en relation avec un autre objet mais bien d'un objet en soi, lequel donne lieu à un usage en tant que tel. Le détour de la définition par la notion de données peut ainsi apparaître comme une fausse piste.

Confusion entre contenus et services. La proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, dans la version initiale de la Commission, introduisait une difficulté supplémentaire en incluant dans la définition du contenu numérique le service donnant accès à celui-ci ou permettant le partage de contenus fournis par d'autres utilisateurs. De manière assez incompréhensible, le contenu numérique visait à la fois l'objet et le service qui sert à le créer, le conserver ou le partager.

Fort critiquée⁸⁶, cette assimilation a été abandonnée par le Conseil et le Parlement européen, dont les versions⁸⁷ suivantes distinguent :

- les contenus numériques, dont la définition est identique à celle donnée par la directive du 25 octobre 2011, avec les mêmes exemples ;
- les services numériques, qui dans le texte du Conseil incluent tout « *service permettant le partage de données sous forme numérique fournies en téléchargement ou créées par le consommateur et d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données* » ; il s'agit notamment selon le considérant des « *logiciels à la demande, par exemple traitement de texte, traitement de fichiers audio et vidéo, jeux et tout autre logiciel proposé dans le nuage, partage et autres formes d'hébergement de fichiers* ».

La difficulté posée par l'indétermination de la définition donnée par la directive du 25 octobre 2011, apparue en catimini, dans le cadre d'un texte traitant essentiellement des droits des consommateurs, persiste cependant puisque cette définition est reprise sans être davantage éclaircie. En outre, les exemples relatifs à la définition des services numériques montrent que le législateur n'en a pas fini avec les assimilations discutables puisqu'un logiciel – création

⁸⁵ V.-L. Benabou, Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique, *Dalloz IP/IT*, janvier 2017, n° 1, p. 7-14.

⁸⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, J. Sénéchal, N. Anciaux, M. Behar-Touchais, V.-L. Benabou, G. Brunaux, N. Martial-Braz, P. Pucheral, J. Rochfeld, C. Zolynski, Dossier Contenus Numériques, *Revue Contrats Concurrence Consommation*, 2017.

⁸⁷ Le texte du Conseil a été adopté sous forme d'annexe à l'orientation générale en juin 2017. Le texte du Parlement européen résulte du rapport conjoint des commissions du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) et des affaires juridiques (JURI), adopté en novembre 2017. La directive est actuellement en cours de discussion en « trilogue » entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil, en vue d'aboutir à un texte commun pouvant être adopté définitivement par ces deux dernières institutions.

intellectuelle déterminant des fonctionnalités (même délivré à la demande ou dans le nuage) est autre chose que le service qui le délivre.

La confusion est accrue par l'adoption concomitante du règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, qui retient une définition plus étroite des contenus. Selon son article 2.5, les « services de contenu en ligne » sont les services de médias audiovisuels⁸⁸ ou des services « dont la caractéristique essentielle est de donner accès à des œuvres, à d'autres objets protégés ou à des transmissions réalisées par des organismes de radiodiffusion ». Seuls les contenus se rattachant aux catégories juridiques préexistantes des services de médias audiovisuels ou de la propriété littéraire et artistique sont donc ici concernés.

Des régimes juridiques finalistes qui s'accommodent du flou des définitions.

L'imprécision des définitions se comprend cependant au regard du but poursuivi par les textes en question. Une définition vague permet d'embrasser large et ainsi de mieux servir leurs finalités, même si c'est au prix d'une certaine imprévisibilité. Face à l'évolution rapide des technologies numériques, elle favorise aussi l'adaptation à des usages inexistantes ou marginaux au moment de l'entrée en vigueur de ces instruments.

Dans le droit des communications électroniques, le principe de neutralité du net a été affirmé pour maintenir le caractère ouvert de l'architecture d'internet. En effet, celle-ci n'est pas intangible, différents procédés permettant aux opérateurs de la couche basse de différencier le traitement des contenus et plusieurs motifs économiques pouvant les inciter à le faire (concurrence entre les fournisseurs de contenus et les opérateurs⁸⁹, volonté de ces derniers de dégager de nouvelles ressources pour financer leurs investissements dans le très haut débit). Le législateur européen ayant souhaité maintenir l'égal traitement des contenus, le règlement du 25 novembre 2015⁹⁰ impose aux fournisseurs d'accès à internet de traiter « tout le trafic de façon égale et sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur et le destinataire, les contenus consultés ou diffusés, les applications ou les services utilisés ou fournis ou les équipements terminaux utilisés » (article 3.3). L'absence de définition des contenus et leur accolement aux « applications » et aux « services », qui ne sont eux-mêmes pas définis, permet d'appliquer le principe d'égal traitement à tout ce qui circule sur la couche haute d'internet.

Dans le droit de la consommation, l'enjeu est de garantir pleinement les droits du consommateur pour de nouveaux usages qui n'entrent pas avec évidence dans la *summa divisio* traditionnelle entre vente d'un bien et fourniture d'un service. On aurait pu imaginer que les nouveaux modes de consommation liés au numérique soient répartis entre ces deux catégories, qui d'après les définitions données par la même directive du 25 octobre 2011 semblaient épuiser le champ de ce qui peut être consommé⁹¹. A tout contenu numérique peut sans doute être associé un service qui y donne accès. Le législateur européen, suivi par le législateur national, a cependant choisi une autre voie. Le contenu numérique est ainsi caractérisé, dans cette perspective, de manière floue mais englobante, comme tout ce qui est intangible et peut néanmoins être consommé.

⁸⁸ Dont la définition figure dans la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010, dite « directive services de médias audiovisuels ».

⁸⁹ Qui peut s'expliquer par l'intégration verticale entre les opérateurs et les fournisseurs de contenus ou le développement par ces derniers de nouveaux services venant concurrencer ceux des opérateurs (par exemple la téléphonie sur IP ou les applications de messagerie instantanée, qui sont des alternatives à la communication téléphonique et aux messages SMS).

⁹⁰ Règlement (UE) 2015/2120 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert.

⁹¹ D'après l'article 2.6, le contrat de service est défini comme « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci ».

4.3. Une articulation délicate de la régulation des contenus et de la protection de la propriété littéraire et artistique

Chevauchement des notions. Les textes qui traitent des contenus numériques mentionnent notamment des œuvres et d'autres objets protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique, comme les bases de données. Nombre des services les plus populaires de l'économie numérique le sont parce qu'ils donnent accès à des œuvres, qu'il s'agisse des services d'accès à internet, des plateformes de partage de vidéos, des sites de *streaming* ou des médias d'information. Pourtant, tous les régimes juridiques décrits ci-dessus ont en commun de s'appliquer à l'ensemble des contenus numériques indépendamment de leur qualification d'œuvres. Par exemple, la neutralité d'internet s'applique à tous les contenus, que ceux-ci soient protégés ou non par le droit de la propriété littéraire et artistique.

Cette situation n'apparaît pas en première analyse comme problématique. En effet, les finalités de ces législations étant autres que celles du droit de la propriété intellectuelle, il est logique que leurs objets ne soient pas définis de la même manière. Si l'on retient comme paradigme l'indépendance des législations, le fait qu'un même objet soit qualifié d'œuvre par l'une d'entre elles et de contenu numérique par une autre n'appelle pas davantage d'interrogations. Cependant, le paradigme de l'indépendance des législations a ses limites. L'émergence de régimes juridiques des contenus numériques a des incidences sur le droit de la propriété intellectuelle, parce que leurs finalités interfèrent avec celui-ci.

Problèmes soulevés par l'indifférenciation. Les régimes juridiques des contenus numériques, en ce qu'ils inclinent à un traitement indifférencié de tous ces contenus, peuvent créer des difficultés pour le droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, la diffusion d'un contenu numérique, lorsqu'il est une œuvre, constitue un acte de communication au public et doit en principe être autorisée par l'auteur ou les ayants droit conformément aux articles L. 122-1 et L. 122-2 du code de la propriété intellectuelle, à défaut de quoi sont encourues les sanctions de la contrefaçon.

Exception au principe de neutralité du net en faveur de la lutte contre les contenus illicites, dont les contenus contrefaisants. Une interprétation maximaliste de la neutralité du net, impliquant un traitement égalitaire de tous les contenus par les fournisseurs d'accès à internet, aurait pu empêcher de faire concourir ces derniers à la protection du droit de la propriété intellectuelle. Mais le règlement du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert a pris soin de prévoir, parmi les exceptions à l'interdiction de bloquer des contenus spécifiques, les actions nécessaires pour « *se conformer aux actes législatifs de l'Union ou à la législation nationale qui est conforme au droit de l'Union (...) ou aux mesures, conformes au droit de l'Union, donnant effet à ces actes législatifs de l'Union ou à cette législation nationale, y compris les décisions d'une juridiction ou d'une autorité publique investie des pouvoirs nécessaires* » (article 3.3.a). Comme le précise le considérant 13 du règlement, cette exception est d'interprétation stricte et la conformité au droit de l'Union implique la proportionnalité de la mesure. Toutefois, la possibilité d'adresser de telles injonctions aux intermédiaires étant expressément prévue par des actes de droit de l'Union⁹² et ayant déjà été admise dans plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne⁹³, la possibilité pour les ayants droit de se prévaloir de l'exception prévue par le règlement à la neutralité du net ne paraît pas douteuse.

⁹² Article 8.3 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information et article 11 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁹³ CJUE, Grande chambre, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres c/ eBay International AG et autres*, C-324/09 ; CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c/ SABAM*, C-70/10.

La possibilité d'imposer aux fournisseurs d'accès à internet de prendre des mesures destinées à bloquer la diffusion des contenus contrefaisants, et ce faisant, de différencier leur traitement, est ainsi préservée. Dans la loi française, l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle permet au tribunal de grande instance de leur ordonner, sans qu'il soit besoin d'établir leur responsabilité, « *toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin (...)* »⁹⁴. Ces dispositions transposent d'ailleurs celles de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (article 9.1.a).

Règlement sur le géoblocage et territorialité des droits de propriété littéraire et artistique. La seconde illustration du risque induit par le traitement indifférencié des contenus est fournie par le règlement n° 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, dit « règlement géoblocage ». Si ce texte n'emploie pas l'expression de « contenus numériques », il régit l'ensemble des « services fournis par voie électronique » qui incluent notamment les services donnant accès aux contenus numériques⁹⁵.

En interdisant toute différenciation selon la nationalité, le lieu de résidence ou d'établissement du client pour l'accès aux services fournis par voie électronique (article 4), le « règlement géoblocage » aurait pu remettre en cause le principe de territorialité dans la distribution des œuvres. Reconnu par le droit international⁹⁶ et la jurisprudence de la CJUE⁹⁷, le principe de territorialité implique que l'autorisation d'exploiter une œuvre soit donnée par les ayants droit de manière distincte pour chaque territoire national, dans le cadre de la législation de chaque Etat, ce qui n'exclut pas la conclusion de licences multiterritoriales si les ayants droit y consentent.

L'application du règlement géoblocage aux services donnant accès à des œuvres et autres objets protégés par la propriété littéraire et artistique était revendiquée par certaines parties prenantes, notamment les associations de consommateurs, eu égard à l'importance quantitative des œuvres dans les contenus numériques « consommés ». Le risque d'une telle application, permettant aux consommateurs d'accéder sans restriction aux œuvres distribuées dans les autres pays, était de fragiliser les mécanismes d'exclusivité de la distribution territoriale sur lequel repose le financement actuel de certaines œuvres, notamment dans le domaine cinématographique⁹⁸. Le texte adopté par le Parlement européen et le Conseil exclut finalement les œuvres et autres objets protégés de son champ d'application⁹⁹, mais l'article 9 du règlement prévoit que cette exclusion sera soumise à un réexamen dans un délai de deux ans, c'est-à-dire dès 2020. Le régime applicable aux œuvres relevant d'une exception au régime des contenus numériques apparaît donc comme précaire.

⁹⁴ Voir pour une mise en œuvre récente à l'encontre de fournisseurs d'accès à internet et de moteurs de recherche pour l'accès à plusieurs sites tels que Papystreaming, Sokrostream ou Zone-Téléchargement, TGI Paris, 15 décembre 2017, n° 17/3471.

⁹⁵ Selon l'article 2.1 de ce règlement, les « services fournis par voie électronique » sont « les services fournis sur l'internet ou sur un réseau électronique et dont la nature rend la prestation largement automatisée, accompagnée d'une intervention humaine minimale, et impossible à assurer en l'absence de technologie de l'information ».

⁹⁶ Depuis la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.

⁹⁷ Depuis les arrêts *Coditel I* et *II* (18 mars 1980, C-62/79 et 6 octobre 1982, C-262/81).

⁹⁸ CSPLA, P. Sirinelli, A. Bensamoun et C. Pourreau, *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*, octobre 2014, p. 48 à 53 ; Conseil de l'Europe, Observatoire européen de l'audiovisuel, F. J. Cabrera Blazquez, *La territorialité et son impact sur le financement des œuvres audiovisuelles*, IRIS Plus 2015-2, 2015.

⁹⁹ D'une part, l'article 1.5 dispose que le règlement « ne porte pas atteinte aux règles applicables dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins ». D'autre part, l'article 4 fait une exception pour les « services dont la principale caractéristique est de fournir un accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés ou de permettre leur utilisation, y compris la vente sous une forme immatérielle des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des objets protégés ».

Une ambiguïté à lever dans la directive sur les contenus numériques. Enfin, dans la version adoptée par la Commission, la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique prévoyait en son article 8 qu'au « *moment de sa fourniture au consommateur, le contenu numérique est libre de tous droits de tiers, y compris ceux fondés sur la propriété intellectuelle, afin de pouvoir être utilisé conformément au contrat* ». L'interprétation la plus naturelle de cette rédaction était qu'elle faisait peser la responsabilité de l'absence de violation des droits de propriété intellectuelle sur le fournisseur de contenus numériques, celui-ci devant s'assurer que les contenus sont « libres de droits », c'est-à-dire qu'ils ont fait l'objet des autorisations nécessaires pour être exploités et utilisés. Cette interprétation était confortée par l'exposé des motifs de la proposition, qui caractérise l'article 8 comme une « exigence de conformité supplémentaire ».

Cependant, des inquiétudes se sont manifestées, notamment lors des auditions menées par la mission, sur le fondement d'une autre interprétation possible de cette rédaction selon laquelle, dans le but de garantir au consommateur la jouissance paisible des contenus numériques, la directive lui aurait rendu inopposable la violation des droits de propriété intellectuelle dont ceux-ci seraient éventuellement entachés. L'objectif de protection du consommateur induit par l'approche en termes de contenus numériques aurait ainsi fragilisé la protection du droit d'auteur. Afin de lever toute ambiguïté, l'orientation générale du Conseil adoptée en juin 2017 retient une autre rédaction de l'article 8 : dans cette version, celui-ci dispose que « *le contenu ou le service numérique ne viole aucun droit de tiers, en particulier les droits fondés sur la propriété intellectuelle* », et caractérise explicitement la violation de ces droits comme un défaut de conformité, ouvrant droit aux dédommagements prévus par les articles suivants de la directive. La version adoptée par le Parlement européen en novembre 2017 ayant maintenu pour cet article la rédaction de la Commission, l'issue n'est pas encore acquise, le texte étant aujourd'hui en cours de discussion en « trilogie ».

La notion de contenu numérique, qui trouve son origine dans l'architecture technique d'Internet est porteuse d'indifférenciation, laquelle justifie, entre autres, le principe de neutralité du net qui commande d'interdire la discrimination des contenus transitant dans la couche haute.

La reprise de cette notion, sans qu'elle soit définie, dans de nombreux textes récents aux finalités différentes, ajoute à son indétermination. Mais les exemples fournis dans certaines dispositions démontrent qu'elle est susceptible de couvrir des objets par ailleurs protégés par la propriété littéraire et artistique.

Bien que le chevauchement de la notion de contenu numérique avec ces objets ne constitue pas en soi une difficulté, il est susceptible de perturber le régime applicable ou suppose qu'une exception soit aménagée afin de prendre en compte leur spécificité au sein des contenus numériques en général.

Cette démarche est indirectement suivie dans le règlement du 25 novembre 2015 permettant de déroger au principe de neutralité du net pour bloquer les contenus contrefaisants au regard de la loi. Elle est également à l'œuvre dans le règlement géoblocage qui a autorisé, mais pour une période probatoire de deux ans, une dérogation à l'interdiction du géoblocage pour les œuvres et objets protégés par la propriété littéraire et artistique.

La question de l'articulation des textes relatifs aux contenus numériques et aux règles de la propriété littéraire et artistique demeure toutefois délicate comme en témoignent les ambiguïtés initiales de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique. Il importe que le texte final consacre clairement la violation des droits de propriété intellectuelle comme un vice de conformité.

5. Le droit de la propriété littéraire et artistique face à la régulation de la production et la circulation de données

Les données en tant que « représentations ». Nombreux sont les textes d'origine nationale ou européenne qui affichent l'ambition de créer des politiques publiques en matière de « données ». Une approche schématique de la « data » paraît éclairer la politique menée en la matière qui repose sur l'identification de diverses allégories¹⁰⁰. La première d'entre elles renvoie à la métaphore bien connue de la donnée comme « *nouveau pétrole* », qui serait une matière première à valoriser. Cette image permet d'expliquer les réactions de certains acteurs qui entendent protéger leurs gisements de données en restant assis sur ce « tas d'or » qu'ils ne sont pas (encore) en mesure de transformer par crainte d'être « ubérisé » par un tiers en capacité de le faire. La donnée peut encore être qualifiée d'*infrastructure* qui vise à penser la circulation de cet objet non rival, dont la réutilisation plurielle permet d'en maximiser la valeur économique et sociale, analyse qui a notamment fondé le déploiement des politiques d'ouverture des données publiques (« *open data* ») avec la mise à disposition de ces nouvelles infrastructures par l'Etat. Enfin, la donnée doit également s'analyser dans son *environnement*, ce qui incite à réfléchir aux relations qu'entretiennent les acteurs avec ces nouveaux infomédiaires qui constituent et contrôlent de vastes silos de données. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, parce qu'elle a entendu traiter dans une démarche d'ensemble une multitude de sujets liés à la circulation des données, apparaît comme emblématique de la volonté des pouvoirs publics de « *saisir par le droit l'écosystème de la donnée* »¹⁰¹.

Compte tenu des recoupements entre données et œuvres ou objets protégés mis en évidence ci-dessus, les régimes juridiques bâtis sur la notion de données étaient voués à interférer avec le droit de la propriété littéraire et artistique, suscitant des conflits potentiels de législations à régler par les textes ou par la jurisprudence. En matière de données publiques, des solutions différenciées ont été retenues selon que le droit de la propriété intellectuelle est celui des personnes publiques elles-mêmes ou celui des tiers (3.1.). En matière de données personnelles, l'enjeu d'articulation principal, même s'il n'est pas le seul, est celui des traitements de données nécessaires à la lutte contre la contrefaçon (3.2.). Enfin, il convient de se faire l'écho de nouvelles réflexions quant à la réservation ou à la circulation des données en général (3.3.)

3.1. Les données publiques : un régime d'ouverture qui préserve les droits de propriété intellectuelle des tiers mais prime sur ceux de la personne publique

3.1.1. Les grandes étapes de l'ouverture des données publiques

Trois grandes étapes¹⁰² peuvent être mises en évidence dans la construction d'un droit de l'ouverture des données publiques : la création du droit d'accès aux documents administratifs (a) ; la création du droit de réutilisation des informations publiques (b) ; le développement d'une politique active d'ouverture des données, assorti d'un essor de la gratuité (c). Dans chacune de ces étapes, la France s'est inscrite dans un mouvement international, au sein duquel elle a cependant cherché à occuper les premières places.

¹⁰⁰ V. S. Chignard et L.-D. Benyayer, *Datanomics, Les nouveaux business models des données*, FYP, 2016.

¹⁰¹ L. Cluzel-Métayer, « La loi pour une République numérique : l'écosystème de la donnée saisi par le droit. », *ADJA* 2017 p. 340.

¹⁰² M. Moralès, La réutilisation des données publiques : le cas particulier de la culture, *RFDA* 2018, p. 39.

c) *La création du droit d'accès aux documents administratifs*

Loi CADA. La loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal¹⁰³ a reconnu, selon ses termes, « *la liberté d'accès aux documents administratifs* », qui s'inscrit dans un droit plus large à l'information. Toute personne a le droit de demander communication à l'Etat, aux collectivités territoriales, aux établissements publics et à toute personne chargée d'une mission de service public de tout document administratif non nominatif. Les exceptions à ce droit sont limitativement définies par la loi, et tiennent notamment au respect de différents secrets (secret des délibérations du Gouvernement, de la défense nationale, de la vie privée ou en matière commerciale et industrielle) ou à des intérêts publics tels que la recherche des infractions ou le déroulement des procédures juridictionnelles. Une autorité administrative indépendante, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), est chargée de veiller au respect de la liberté d'accès et rend un avis préalable à tout recours contentieux en cas de refus de communication par une administration.

La loi du 17 juillet 1978¹⁰⁴ s'inscrit dans un mouvement de renforcement des droits du citoyen à l'égard de l'administration, qui se traduit, à la même période, par la reconnaissance du droit à la protection des informations nominatives et d'une obligation de motivation des décisions administratives¹⁰⁵. Les préoccupations économiques n'y ont aucune place. L'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, dans sa version initiale, exclut tout droit de reproduction, de diffusion ou d'utilisation à des fins commerciales des documents communiqués.

b) *La création du droit de réutilisation des informations publiques*

Directive ISP. La directive du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public¹⁰⁶, dite « ISP » qui fut le fait générateur de la deuxième étape de l'ouverture des données publiques, repose à l'inverse sur des préoccupations économiques. Les considérants de la directive constatent que le secteur public produit et diffuse un grand nombre d'informations et que celles-ci « *constituent une matière première importante pour les produits et les services de contenu numérique* ». La directive est d'ailleurs fondée sur la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur par le rapprochement des dispositions législatives nationales¹⁰⁷.

Ouverture indifférente aux finalités commerciales ou non commerciales. Paradoxalement, cette directive ne crée pour les Etats aucune obligation d'autoriser l'accès aux documents administratifs ou leur réutilisation¹⁰⁸. Elle dispose seulement que lorsque la réutilisation est autorisée, elle doit l'être à des fins commerciales et non commerciales. La possibilité de percevoir des redevances en contrepartie de la fourniture des données est encadrée, le total des recettes ne devant pas dépasser le « *coût de collecte, de production, de reproduction et de diffusion, tout en permettant un retour sur investissement raisonnable* »¹⁰⁹.

¹⁰³ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

¹⁰⁴ Par cette loi, la France se rapprochait des démocraties les plus avancées en la matière, comme la Suède, qui avait reconnu ce droit dès 1776, les Etats-Unis qui avaient adopté le *Freedom of Information Act* (FOIA) en 1966 ou l'Espagne qui en avait inscrit le principe dans sa constitution de 1978.

¹⁰⁵ Respectivement par les lois n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

¹⁰⁶ Directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil.

¹⁰⁷ Elle est prise au visa de l'article 95 du traité instituant la Communauté européenne (aujourd'hui article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

¹⁰⁸ Encore aujourd'hui, le droit de l'Union européenne ne prévoit un tel droit que concernant les actes des institutions de l'Union elles-mêmes ; ce droit est consacré par l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux.

¹⁰⁹ Article 6.

Transposition au-delà des obligations de la directive. En France, la directive ISP est transposée par une ordonnance du 6 juin 2005¹¹⁰, qui insère dans la loi du 17 juillet 1978 un nouveau chapitre relatif à la réutilisation des informations publiques. Le droit de réutilisation issu de la directive du 17 novembre 2003 se combine donc dans notre pays avec le droit d'accès aux documents administratifs reconnu depuis 1978 : les informations contenues dans tout document administratif communicable en vertu du chapitre Ier sont, en principe, réutilisables « par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été élaborés ou sont détenus »¹¹¹. Par cette combinaison, **le droit français garantit ainsi une liberté effective de réutilisation bien plus grande que celle imposée par la directive ISP. Le principal apport de la transposition au droit français est d'avoir mis fin à l'interdiction de réutilisation des documents administratifs à des fins commerciales.**

d) *Le développement d'une politique active d'ouverture des données, assorti d'un essor de la gratuité*

Le mouvement de « l'open data ». Au début des années 2010, c'est dans le cadre d'un mouvement international que l'ouverture des données publiques connaît en France un nouvel élan. L'initiative vient du monde anglo-saxon, les États-Unis et le Royaume-Uni mettant en place au même moment des plateformes gouvernementales de partage des données publiques, dans une démarche dite d'*open data*. Pour autant, la France a très vite cherché à s'inscrire dans cette dynamique, non sans succès en termes de reconnaissance internationale¹¹².

Les objectifs de ce mouvement d'ouverture des données publiques sont à la fois citoyens (une plus grande transparence de l'action publique garantit un meilleur contrôle démocratique) et économiques (les données de l'administration peuvent être le support de nombreuses activités économiques et devraient être diffusées aussi largement que possible). On retrouve donc les fondements des deux étapes décrites précédemment, mais dans un contexte nouveau marqué par l'essor considérable des technologies et de l'économie numérique.

L'open data au ministère de la culture. Le ministère de la culture s'est doté en avril 2013 d'une « *feuille de route open data* », comportant dix actions pour une stratégie numérique de diffusion et de réutilisation des données publiques numériques du secteur culturel. Ces données sont mises en ligne sur une plateforme dédiée, data.culturecommunication.gouv.fr¹¹³. Un rapport du ministère sur l'ouverture des données publiques¹¹⁴ identifie trois types de données concernées par l'ouverture : les données statistiques et économiques des institutions culturelles (fréquentation, recettes, subventions, etc.) ; les métadonnées culturelles, c'est-à-dire les notices bibliographiques et plus largement les données associées aux œuvres (localisation ; description ; auteur ; œuvres associées ; prix ; propriétaire) ; les fichiers images et copies numériques des œuvres entrées dans le domaine public. C'est peut-être ce dernier type de données qui présente les enjeux de politique culturelle les plus manifestes, puisque

¹¹⁰ Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques. L'ensemble des dispositions en la matière constitue aujourd'hui le livre III du code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

¹¹¹ Article 10 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée ; aujourd'hui article L. 321-1 du CRPA.

¹¹² Marquée notamment par plusieurs classements internationaux dans lesquels notre pays figure en bonne place (la quatrième selon l'Open Data Index établi par l'Open Knowledge Foundation, derrière Taïwan, l'Australie et la Grande-Bretagne) et par la présidence française du Partenariat pour le gouvernement ouvert, organisation internationale ayant pour objet de promouvoir la transparence des données publiques, au cours de l'année 2016-2017.

¹¹³ Parmi les jeux de données les plus populaires, on trouve notamment la liste des immeubles protégés au titre des monuments historiques, la fréquentation des musées de France et le répertoire des adresses des bibliothèques publiques.

¹¹⁴ C. Domange, *Ouverture et partage des données publiques culturelles. Pour une (r)évolution numérique dans le secteur culturel*, décembre 2013.

l'ouverture des données publiques donne ici accès à l'œuvre elle-même, du moins à sa copie numérique. Les œuvres protégées par le droit d'auteur ou un droit voisin ne peuvent faire l'objet d'un droit de réutilisation, mais les œuvres entrées dans le domaine public relèvent pleinement de l'ouverture des données publiques, sans d'ailleurs que ne soit pleinement pris en considération le droit moral. Au-delà de « *l'open data* », c'est une politique d'« *open content* », d'ouverture des contenus culturels, qu'il est possible de mettre en œuvre.

Obligation de diffusion. Accès actif. Dans le cadre de cette dernière étape, deux nouveaux principes sont venus compléter l'édifice législatif de l'ouverture des données publiques. En premier lieu, **la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique**¹¹⁵ a créé pour les administrations une obligation de diffusion d'un certain nombre de documents, notamment ceux inscrits au « *répertoire* » des principaux documents qu'elles doivent tenir à jour, les bases de données et les « *données, mises à jour de façon régulière, dont la publication présente un intérêt économique, social, sanitaire ou environnemental* »¹¹⁶. La loi pour une République numérique marque ainsi le passage de « *l'accès passif* » (les administrations ne doivent communiquer des documents qu'à ceux qui en font la demande) à « *l'accès actif* » (les administrations ont l'obligation de mettre en ligne les documents de leur propre initiative)¹¹⁷.

Gratuité de la réutilisation. En second lieu, une révision de la directive ISP¹¹⁸ a restreint les possibilités de percevoir des redevances. Alors que le texte initial permettait d'inclure, au-delà de la couverture des coûts, un « *retour sur investissement raisonnable* », et ce faisant, une rémunération de droits de propriété intellectuelle de la personne publique, l'article 6.1 de la directive modifiée limite désormais les redevances aux « *coûts marginaux de reproduction, de mise à disposition et de diffusion* ». Suite à deux lois de transposition successives¹¹⁹, l'article L. 324-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) va même plus loin en consacrant explicitement un **principe de gratuité de la réutilisation**, la possibilité de percevoir une redevance dans les limites fixées par la directive étant réservée par exception aux administrations « *tenuës de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public* ».

Le décret n° 2016-1036 du 28 juillet 2016 indique que seuls sont autorisés à percevoir des redevances de réutilisation au titre de l'article L. 321-1 les organismes « *dont l'activité principale consiste en la collecte, la production, la mise à disposition ou la diffusion d'informations publiques, lorsque la couverture des coûts liés à cette activité principale est assurée à moins de 75 % par des recettes fiscales, des dotations ou des subventions* » (CRPA, art. R. 324-4-1). Par ailleurs, le décret n° 2016-1617 du 29 novembre 2016 (CRPA, art. D. 324-5-1) énonce que seules certaines administrations de l'État pourront se prévaloir de ce premier régime dérogatoire et uniquement pour certaines informations. Les informations culturelles détenues par l'État et ses établissements publics à caractère administratif sont concernées. L'exception au principe de gratuité concerne la réutilisation des données publiques culturelles « *lorsqu'elle porte sur des informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques universitaires, des musées et des archives, et le cas échéant, sur des informations qui y sont associées lorsque ces dernières sont commercialisées conjointement* » (CRPA, art. L. 324-2).

¹¹⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016.

¹¹⁶ Voir les articles L. 312-1-1 et L. 322-6 du CRPA.

¹¹⁷ Pour la distinction entre accès passif et actif, voir M. Van Eechoud, Friends or Foes ? Creative Commons, Freedom of Information Law and the European Union Framework for Reuse of Public Sector Information, in L. Guibault et C. Angelopoulos (dir.), *Open Content Licensing: From Theory to Practice*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2011, p. 169-202 ; cite par M. Dulong de Rosnay, "Données ouvertes (open data)", in M. Cornu, F. Orsi et J. Rochfeld (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, Quadrige, PUF, 2017.

¹¹⁸ Directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public.

¹¹⁹ Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public et loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

Synthèse. En résumé, l'évolution des politiques publiques françaises, sous l'impulsion de normes européennes mais au-delà même de leurs prescriptions, a eu pour conséquence de passer d'une mise à disposition des données publiques restreinte à des conditions d'accès strictes telles que la demande de communication personnelle pour des usages à des fins non commerciales, à une stratégie de diffusion active de ces données associée à une ouverture la plus large et inconditionnelle de l'usage par les administrés. Le fantasme du tas d'or ayant vécu, a été progressivement abandonnée la perspective d'une monétisation de ces données lorsqu'elles seraient utilisées à des fins commerciales par des tiers au profit d'une culture de la gratuité de la réutilisation. Le cas des données à caractère culturel fait cependant encore figure d'exception puisqu'il est loisible de déroger, dans certaines circonstances, à ce principe de gratuité.

3.1.2. Une ouverture préservant les droits de propriété intellectuelle des tiers mais pas ceux des personnes publiques elles-mêmes.

Les textes relatifs à l'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des données publiques ont toujours prévu une exception au titre des droits de propriété intellectuelle. Dès sa version initiale, la loi du 17 juillet 1978 disposait que « *les documents administratifs sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique* ». L'ordonnance du 6 juin 2005 a ajouté que ne constituent pas des informations publiques librement réutilisables celles contenues dans des documents « *sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle* »¹²⁰. La même exclusion est prévue par la directive ISP¹²¹. Ces textes aboutissent à des conséquences très différentes selon que le titulaire du droit de propriété intellectuelle est la personne publique a) elle-même ou un tiers b).

c) *L'ouverture des données publiques prime sur les droits de propriété intellectuelle de l'administration concernée*

Impossibilité pour la personne publique de se prévaloir de son droit d'interdire. La question de savoir si l'administration pouvait se prévaloir de ses propres droits de propriété intellectuelle pour faire obstacle au droit de communication ou de réutilisation n'a été tranchée que de manière récente¹²². Un litige était né entre la société Notrefamille.com, éditrice d'un site de généalogie, et le département de la Vienne, en raison du refus de celui-ci d'autoriser la réutilisation de sa base numérisée réalisée à partir des archives d'état civil. La cour administrative d'appel de Bordeaux avait jugé qu'un service culturel producteur d'une base de données pouvait interdire la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu d'une base de données sur le fondement du droit *sui generis* du producteur de base de données, nonobstant le droit de réutilisation garanti par la loi du 17 juillet 1978¹²³. Le Conseil d'Etat a cassé cet arrêt en jugeant que les dispositions de cette loi interdisaient aux personnes publiques de se fonder sur leur propre droit *sui generis* pour s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation du contenu de bases de données, lorsque ce contenu revêt la nature d'informations publiques ; en effet, la personne publique elle-même n'est pas un tiers « *au sens et pour l'application du c) de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978* »¹²⁴. La loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qui n'était pas applicable au litige, a confirmé pour l'avenir cette interprétation des textes¹²⁵ et la proposition de révision de la directive relative

¹²⁰ Voir aujourd'hui, en des termes identiques, les articles L. 311-4 et L. 321-2 du CRPA.

¹²¹ Article 1.2.b) de la directive modifiée.

¹²² Voir, pour un exposé complet de cette controverse, C. Bernault, « Ouverture des données publiques et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2018 p. 103.

¹²³ CAA Bordeaux, 26 février 2015, *Notrefamille.com*, C+, n° 13BX00856.

¹²⁴ CE, 8 février 2017, *Notrefamille.com*, CR, B, n° 389806.

¹²⁵ Article L. 321-3 du CRPA, – v. sur ce point T. Azzi, Open data et propriété intellectuelle, *D.* 2017, p. 583, spéc. n°32 & s.

aux informations du secteur public devrait la consacrer au niveau de l'Union européenne¹²⁶. Le droit de réutilisation des données publiques vient donc limiter la possibilité pour les administrations de se prévaloir de leur droit *sui generis* sur les bases de données qu'elles produisent.

Possibilité de percevoir une redevance selon le droit européen. Sur le plan financier, le droit français s'est initialement montré favorable à ce que les redevances perçues pour la communication de données publiques puissent intégrer la rémunération des droits de propriété intellectuelle de la personne publique. Dans le cadre d'un litige opposant l'INSEE à des sociétés de publipostage au sujet des redevances de réutilisation du répertoire des entreprises SIRENE, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a jugé « *qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe ne font obstacle à ce qu'une rémunération perçue à l'occasion de la communication par l'Etat à des tiers de données publiques en vue de leur commercialisation puisse être assortie (...) de la perception de droits privatifs fixés par contrat et relevant de la propriété intellectuelle, à la condition que cette communication puisse être regardée, au sens des lois sur la propriété littéraire et artistique, comme une œuvre de l'esprit* »¹²⁷. Alors que le droit *sui generis* du producteur de bases de données n'était pas encore entré en vigueur, le Conseil d'Etat a reconnu l'existence d'un droit d'auteur de l'Etat sur la base SIRENE, sur le fondement de l'œuvre collective. Il en a déduit que la redevance pouvait couvrir, outre le coût du service rendu, la rémunération de ces droits privatifs.

A l'occasion de la transposition de la directive ISP du 17 novembre 2003, qui permettait d'inclure dans la tarification un « *retour sur investissement raisonnable* », l'ordonnance du 6 juin 2005 a codifié cette jurisprudence en prévoyant que l'administration pouvait, en plus des coûts de mise à disposition, de collecte et de production des informations, « *inclure dans l'assiette de la redevance une rémunération raisonnable de ses investissements comprenant, le cas échéant, une part au titre des droits de propriété intellectuelle* »¹²⁸.

Interdiction de la rémunération des droits de propriété intellectuelle dans la loi française. Afin de promouvoir de manière volontariste l'ouverture des données publiques, et sur la base des conclusions du « *rapport Trojette* »¹²⁹, les lois du 28 décembre 2015 et du 7 octobre 2016 ont mis fin à cette possibilité. **Seule la couverture des coûts de mise à disposition, de collecte et de production est possible, par exception au principe de gratuité et dans les cas limitativement définis par la loi. La rémunération des droits de propriété intellectuelle à l'occasion de la réutilisation de données publiques est donc désormais interdite par la loi.** Ce faisant, le législateur français est allé au-delà de ce qu'imposait la transposition de la directive du 26 juin 2013 modifiant la directive ISP, qui permettait la rémunération raisonnable des investissements dans certains cas de figure, notamment lorsque l'organisme public est tenu de générer une part substantielle de recettes propres. Dans son avis public sur le projet de loi relatif à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public, le Conseil d'Etat a estimé que le législateur pouvait prévoir des dispositions plus favorables à la réutilisation des informations publiques que la directive, celle-ci ne fixant que des règles d'harmonisation minimale.

Des institutions culturelles ont choisi de diffuser leurs contenus au-delà de ce que leur impose le cadre légal. La politique d'ouverture des contenus culturels suppose une numérisation préalable qui peut nécessiter des investissements importants. C'est au vu de ces

¹²⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation des informations du secteur public (refonte), 2018/0111 (COD), article 1.5 : « *Les organismes du secteur public n'exercent pas le droit prévu à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 96/9/CE pour le fabricant d'une base de données aux fins d'empêcher ou de limiter la réutilisation de documents conformément à la présente directive.* ».

¹²⁷ CE, Ass., 10 juillet 1996, *Société Direct Mail Promotion et autres*, n° 168702.

¹²⁸ Article 15 de la loi du 17 juillet 1978 modifiée.

¹²⁹ M. A. Trojette, *Ouverture des données publiques. Les exceptions au principe de gratuité sont-elles toutes légitimes ?* rapport au Premier ministre, juillet 2013.

investissements que la loi du 28 décembre 2015 a maintenu la possibilité de percevoir des redevances pour la réutilisation de ces contenus. La perception de ces redevances, qui en vertu de l'article L. 324-2 du CRPA peuvent couvrir les coûts de collecte, de production, de diffusion et d'acquisition des droits de propriété intellectuelle, est de droit et n'a pas à être autorisée par décret en Conseil d'Etat, à la différence du régime de droit commun.

Toutefois, comme l'a relevé récemment un rapport du CSPLA sur les licences libres¹³⁰, il est significatif que depuis le vote de la loi, plusieurs institutions culturelles aient décidé de ne pas recourir à cette faculté et de diffuser gratuitement les œuvres entrées dans le domaine public :

- Les Archives nationales ont fait le choix en juillet 2017 d'appliquer la gratuité à la réutilisation de l'ensemble de leurs informations publiques, abrogeant une décision tarifaire du 10 décembre 2010. Un partenariat a été conclu avec la fondation Wikimedia pour permettre la libre diffusion de plus de 500 documents numérisés remarquables¹³¹.

- L'Institut national de l'histoire de l'art (INHA) a fait passer sous licence ouverte l'ensemble des contenus de sa bibliothèque numérisée.

- La ville de Toulouse a décidé d'appliquer la gratuité à la réutilisation des données de l'ensemble de ses institutions culturelles (archives municipales, bibliothèques et musées).

- La bibliothèque de Rennes Métropole a numérisé l'ensemble de ses documents entrés dans le domaine public et les a mis en libre accès, sous la licence « Public Domain Mark » de Creative Commons.

Au niveau international, le Rijksmuseum d'Amsterdam, le Paul Getty Museum ont été des pionniers de l'ouverture de leurs collections numériques. L'enjeu d'une politique d'ouverture des contenus culturels est de les faire connaître du plus grand nombre et d'éviter que les copies des œuvres visibles sur la toile soient de mauvaise qualité ou accaparées par des intermédiaires qui en capteraient la valeur.

Des tendances contradictoires entre libre diffusion et valorisation des contenus. Au-delà de la disposition particulière issue de la loi du 7 juillet 2016, relative au droit à l'image sur les domaines nationaux¹³², des réflexions plus larges sur la valorisation de l'image des établissements culturels ont été conduites, dans le souci d'accroître les ressources propres de ces établissements. Un rapport des inspections générales des finances et des affaires culturelles¹³³ affirme ainsi que les « *recettes sur les droits à l'image pourraient être davantage développées sous réserve de modifications législatives et réglementaires* » et invite à expertiser des évolutions de plus grande ampleur, comme la reconnaissance par la loi de ce que l'image des propriétés relevant du domaine public (au sens de la domanialité publique) fait partie intégrante de celui-ci ; c'est justement ce qu'a refusé le 13 avril 2018 l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat¹³⁴ en alignant sa jurisprudence sur celle de la Cour de

¹³⁰ CSPLA, J. Farchy et M. De La Taille, *Les licences libres dans le secteur culturel*, décembre 2017.

¹³¹ On y trouve par exemple les copies numérisées de l'acte de condamnation à mort de Marie-Antoinette par le Tribunal révolutionnaire, de l'acte de mariage de Joachim Murat et de Marie-Annonciade Bonaparte (la sœur de Napoléon Bonaparte) ou encore des « actes constitutionnels » du maréchal Pétain.

¹³² Article L. 621-42 du code du patrimoine. Les domaines nationaux sont définis à l'article L. 621-34 comme « *des ensembles immobiliers présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et dont l'Etat est, au moins pour partie, propriétaire* ». Sont reconnus à ce jour comme des domaines nationaux Chambord, le Louvre et les Tuileries, le domaine de Pau, le château d'Angers, le palais de l'Élysée et le palais du Rhin, mais cette liste peut être complétée par décret en Conseil d'Etat. Cette disposition adoptée à quelques mois de l'exception de panorama par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, bien que n'ayant pas le même champ d'application témoigne de l'affrontement de deux logiques contradictoires et envoie des signaux divergents d'encouragement à la libre diffusion et de priorité à la valorisation.

¹³³ IGF-IGAC, *Evaluation de la politique de développement des ressources propres des organismes culturels de l'Etat*, mars 2015.

¹³⁴ CE, Ass., 13 avril 2018, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, n° 397047. Comme l'a expliqué le rapporteur public Romain Victor, cela aurait introduit une différence de traitement difficilement justifiable avec les personnes privées, la Cour de cassation ayant jugé que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci, mais peut seulement s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal (Ass. Plen., *SCP Hôtel de Girancourt c/ SCIR Normandie et a.*, n° 02-10.450, Bull.

cassation et en refusant de reconnaître que l'image du bien constitue une propriété de celui qui est propriétaire du bien. Le même rapport recommande aussi aux établissements culturels de « *s'efforcer de limiter la gratuité s'agissant des offres numériques valorisant le patrimoine* ».

Une réflexion inaboutie sur les bénéfices comparés de la libre diffusion et de la valorisation. Il semble en réalité que le travail doctrinal qui a permis en matière de données publiques de privilégier l'ouverture sur la valorisation n'a pas été suffisamment mené s'agissant des contenus numériques culturels. Le rapport Trojette avait établi en 2013 que la valeur financière des redevances d'utilisation des données publiques était bien inférieure à la valeur économique et sociale générée par leur libre mise à disposition. Tant qu'un travail similaire ne sera pas mené pour évaluer les bénéfices d'une ouverture des contenus numériques des institutions culturelles, en termes de diffusion de la culture et de recettes indirectes générées par la promotion¹³⁵, et les comparer aux revenus à attendre d'une diffusion numérique payante, la politique des contenus numériques culturels restera ballottée entre des impulsions contradictoires.

d) *Les droits de propriété intellectuelle des tiers font obstacle tant à la communication qu'à la réutilisation des données publiques*

Position de la CADA. Une doctrine constante de la CADA considérait que l'article 9 de la loi du 17 juillet 1978, aujourd'hui codifié à l'article L. 311-4 du CRPA, ne faisait pas obstacle à la communication mais seulement à une éventuelle réutilisation commerciale des données publiques lorsqu'elles faisaient l'objet de droits de propriété intellectuelle de tiers. Selon ses termes : « *Cette disposition n'a ni pour objet, ni pour effet d'interdire la communication au public des documents entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juillet 1978 ou du code de la propriété intellectuelle et notamment ceux qui présentent le caractère d'œuvre de l'esprit. Lorsqu'elle est saisie de la question, la commission se borne à rappeler la proscription, édictée par ce code, de l'utilisation collective qui pourrait en être faite et notamment l'interdiction de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués.* »¹³⁶.

Préservation du droit de divulgation. Le Conseil d'État a, en 2017, retenu une interprétation inverse de la loi, en jugeant que cet article « *implique, avant de procéder à la communication de supports d'enseignement n'ayant pas déjà fait l'objet d'une divulgation, au sens de l'article L. 121-2 du code de la propriété intellectuelle, de recueillir l'accord de leur auteur* »¹³⁷. Comme il ressort des conclusions de la rapporteure publique Aurélie Bretonneau, cette décision se justifie notamment par le souci de respecter le droit moral de l'auteur, qui comporte le droit d'autoriser ou non la divulgation. Elle tient compte également de ce qu'en vertu de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, la même réserve des droits de propriété littéraire et artistique vaut pour l'obligation de diffusion sur internet¹³⁸. Toutefois, les divergences d'interprétation existant quant à l'exercice du droit de divulgation sont susceptibles d'introduire des incertitudes quant à la portée de la décision du Conseil d'État et à la possibilité pour les titulaires de droit de propriété intellectuelle tiers à l'administration de s'opposer à certaines pratiques de mise à disposition.

Ass. plén. 2004 n° 10, *RTD civ.* 2004 p. 528 ; D. 2004, 1545, note J.-M. Bruguière et E. Dreyer ; *JCP* 2004 II 10085, note C. Caron ; *Propr. Intell.* 2004, n°2, p. 817, obs. V.-L. Benabou).

¹³⁵ La diffusion gratuite des contenus numériques peut en effet inciter les usagers à les découvrir sur place lors d'une visite payante ; V. M. Cornu, Ouverture des données : les trompe-l'œil de la loi, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 515.

¹³⁶ Cf. notamment CADA, conseil, 11 juillet 2002, n° 20022799 ; 16 mars 2006, *Président de la communauté urbaine de Bordeaux*, n° 20061210 ; 27 novembre 2008, *Maire de Mazières les Metz*, n° 20084340 ; 30 avril 2009, *Préfet de la Côte d'Or*, n° 20091473 ; 13 avril 2006, *Maire d'Aubervilliers*, n° 20061574 ; 11 mai 2006, *Président du syndicat mixte interdépartemental d'aménagement et de mise en valeur du Vidourle et de ses affluents*, n° 20062039.

¹³⁷ CE, 8 novembre 2017, *Association spirituelle de l'Eglise de scientologie Celebrity Centre*, CHR, A, n° 375704.

¹³⁸ Articles L. 311-4 et L. 312-1-1 du CRPA.

Situation des agents publics. Le cas dans lequel un agent de l'administration est susceptible de revendiquer la titularité du droit entre mal dans ce schéma binaire entre propriété intellectuelle de la personne publique et propriété intellectuelle du tiers : si l'agent de l'administration est bien un tiers à celle-ci, il n'est pas aisé de déterminer dans quel cas il jouit d'un droit d'auteur qui n'a pas été cédé à son administration.

La loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information¹³⁹ a rapproché la situation de l'agent public de celle du salarié de droit privé, en prévoyant que le statut d'agent d'une personne publique n'entraîne pas par lui-même de dérogation à la jouissance du droit d'auteur¹⁴⁰. Cette reconnaissance est cependant assortie d'une cession légale du droit d'exploitation dès la création « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* »¹⁴¹. Pour l'exploitation commerciale d'une œuvre, la personne publique ne dispose que d'un droit de préférence. Enfin, ces mécanismes de cession légale et de droit de préférence ne sont pas opposables aux agents dont la divulgation des œuvres n'est soumise à aucun contrôle préalable d'une autorité hiérarchique, tels que les professeurs d'université et les enseignants-chercheurs¹⁴².

Cet état du droit suscite plusieurs interrogations quant aux implications du droit d'auteur des agents publics pour l'ouverture des données publiques. Une recommandation du Conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative (COEPIA), qui s'appuie sur des avis de la CADA et une étude de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat (APIE), s'en est faite l'écho dès 2010¹⁴³. Le COEPIA relève que nombre de contenus produits au sein des administrations, notamment les bases de données, devraient être qualifiés d'œuvres collectives¹⁴⁴ et que le titulaire du droit étant alors l'administration, il n'y a pas d'obstacle à la réutilisation des données publiques. En revanche, pour les contenus ne relevant pas de cette qualification, par exemple les photographies, le COEPIA estime que « *l'articulation des dispositions du CPI avec la loi [du 17 juillet 1978] est potentiellement source de difficultés pour la mise en œuvre du droit à réutilisation* ». De même, le rapport de Mohammed Adnène Trojette sur l'ouverture des données publiques faisait part d'une « *préoccupation forte, au regard des risques que ferait peser une acception large du droit d'auteur des agents publics sur la qualification juridique d'information publique* ». Tant le COEPIA que le rapport Trojette invitaient à une clarification dans le cadre du décret en Conseil d'Etat prévu par la loi du 1^{er} août 2006 pour fixer les modalités d'application de la cession légale et du droit de préférence. Ce décret n'est jamais intervenu.

Situation des cocontractants. La protection des droits de propriété intellectuelle des tiers vaut, en principe, également pour les cocontractants de l'administration, par exemple pour les réalisations d'un cabinet d'études ou pour un projet présenté dans le cadre d'un concours d'architecture¹⁴⁵. La FEVeM (Fédération des Entreprises de Veille Media) a cependant indiqué à la mission que « *le respect des droits de propriété intellectuelle des tiers (ici les prestataires de la FEVeM) est loin d'être assuré en pratique en cas de cumul de qualification d'œuvre de l'esprit ou de base de données et de donnée publique* », une interprétation flexible du donné

¹³⁹ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006.

¹⁴⁰ Troisième alinéa de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle.

¹⁴¹ Article L. 131-3-1 du même code.

¹⁴² Dernier alinéa de l'article L. 111-1.

¹⁴³ COEPIA, « Recommandation relative à l'articulation du droit d'auteur des agents publics et du droit à réutilisation », novembre 2010.

¹⁴⁴ Selon l'article L. 113-2 du CPI, « *est dite collective l'œuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé* ». Selon l'article L. 113-5, l'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique et morale sous le nom de laquelle elle est divulguée.

¹⁴⁵ Cf. CADA, conseil, 30 avril 2009, *Préfet de la Côte d'Or*, n° 20091473 ; avis, 16 avril 2009, *Directeur du centre hospitalier de Béziers*, n° 20091401.

légal par certains organismes publics les exposant à des difficultés, car « même lorsque la loi n'oblige pas à l'ouverture de certaines données, notamment du fait de l'existence de droit de propriété intellectuelle de tiers (par exemple ceux des prestataires de la FEVeM sur leurs analyses ou leurs bases de données), les clients personnes publiques des prestataires imposent une « mise en open data » des livrables des prestataires (sauf s'ils contiennent des contenus protégés par les droits de propriété intellectuelle d'autres tiers tels que les éditeurs de presse) ». L'interprétation donnée par la décision *Association spirituelle de l'Eglise de scientologie Celebrity Centre* du Conseil d'Etat mentionnée ci-dessus, est, en principe, de nature à réduire ce type de difficultés. Il appert néanmoins qu'une meilleure information des organismes publics quant à l'étendue des obligations légales d'ouverture, de même qu'une meilleure coordination des politiques d'ouverture serait de nature à faciliter la passation des marchés publics pour les opérateurs tout en leur garantissant la protection légitime de leurs droits de propriété intellectuelle.

Issu de trois strates de législations successives (loi du 17 juillet 1978 qui a créé la CADA, ordonnance du 6 juin 2005 ayant procédé à la transposition de la directive relative aux informations du secteur public, loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique), le droit des données publiques se caractérise aujourd'hui par des principes d'ouverture, de liberté de réutilisation et de gratuité.

Sa conciliation avec le droit de la propriété intellectuelle s'opère de manière distincte selon que sont en cause les droits des tiers ou de la personne publique elle-même. Les droits de propriété intellectuelle des tiers constituent l'une des exceptions tant à diffusion des données concernées qu'à leur réutilisation. En revanche, les personnes publiques ne peuvent se prévaloir de leurs droits de propriété intellectuelle pour faire obstacle à l'ouverture des données.

Les implications du droit d'auteur des agents publics, que la loi du 1^{er} août 2006 avait réformé, demeurent incertaines, notamment en raison de la carence du pouvoir réglementaire à prendre le décret d'application.

De même, en dépit de la clarté du donné légal, l'existence d'interprétations divergentes au sein des autorités publiques sur l'étendue de la réutilisation des objets faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle de tiers appelle une clarification des pratiques.

3.2. Les données à caractère personnel

3.2.1. La régulation des données à caractère personnel

Protection constitutionnelle. Issu des lois de quelques Etats pionniers dont la France, avec la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, consacrée au niveau de l'Union européenne par la directive 95/46 du 24 octobre 1995¹⁴⁶, le droit de la protection des données personnelles vient d'être considérablement renforcé avec l'entrée en vigueur le 25 mai 2018 du règlement général sur la protection des données (RGPD)¹⁴⁷. Il est

¹⁴⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁴⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE. La LIL (Loi Informatique et Libertés) a été modifiée par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles afin de l'adapter au RGPD et actionner des

garanti au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, en droit interne (le Conseil constitutionnel le déduisant, comme le droit à la vie privée, de la liberté énoncée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)¹⁴⁸ comme en droit de l'Union européenne (il est énoncé par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux, qui lui est spécifiquement consacré).

Application territoriale élargie. A la différence des Etats-Unis, qui n'assurent la protection des données que dans certains secteurs délimités par la loi (santé, banques, données des mineurs, etc.), le droit de l'Union européenne définit de manière transversale son champ d'application matériel. Est une donnée à caractère personnel « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* » (article 4.1 du règlement) ; même si l'identité de la personne concernée n'est pas apparente, la donnée est personnelle si celle-ci peut être réidentifiée¹⁴⁹. Le champ d'application territorial s'étend non seulement aux traitements mis en œuvre par des responsables établis sur le territoire de l'Union, mais aussi à ceux établis en dehors de ce territoire lorsque les traitements sont liés à l'offre de biens ou de services à des personnes résidant dans l'Union ou à l'observation de leur comportement (article 3). Cette forme « d'extraterritorialité » est destinée à garantir une protection renforcée des citoyens européens : comme l'avait déjà jugé la CJUE sur le fondement de la directive 95/46 dans son fameux arrêt *Google Spain* sur le « droit à l'oubli »¹⁵⁰, « *le législateur de l'Union a entendu éviter qu'une personne soit exclue de la protection garantie par celle-ci et que cette protection soit contournée, en prévoyant un champ d'application territorial particulièrement large* »¹⁵¹.

Principes fondamentaux. Sans prétendre ici à une présentation exhaustive, le droit des données personnelles peut être résumé par ses principes fondamentaux, qui sont notamment ceux rappelés par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : la définition large de son champ d'application ; l'obligation de déterminer les finalités de chaque traitement ; l'exigence du consentement de la personne concernée ou d'un autre fondement ; la garantie des droits de la personne concernée (information, accès, rectification, opposition) ; le rôle de garant des autorités administratives indépendantes.

Finalité de traitement. L'article 8 de la Charte dispose que les données doivent « *être traitées à des fins déterminées* », principe repris par le RGPD qui précise qu'elles doivent être « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités* » (article 5.1.b). Il s'agit d'un principe cardinal de la législation européenne : si les données personnelles peuvent circuler, leur usage reste encadré par les finalités initiales de la collecte. Bien que sa diffusion ou son usage puissent faire l'objet de contrats commerciaux, la donnée personnelle ne peut ainsi être assimilée à une marchandise, dont le transfert de propriété rend son acquéreur totalement maître. De manière corrélative, les données collectées doivent être proportionnées à la finalité

marges de manœuvre laissées aux Etats membres - v. A. Debet, Libertés et protection des personnes, *JCP G* 2018, doctr. 907 ; N. Martial-Braz, Quand la French Touch contribue à complexifier l'édifice du droit de l'Union européenne !, *JCP G* 2018, 786 ; M. Bourgeois et M. Moine, La nouvelle loi informatique et libertés. Une transposition du RGPD ?, *JCP E* 2018, 1417 et *Dalloz IP.IT* 2018, p. 458, dossier « L'adaptation de la loi informatique et libertés au RGPD » par J. Rochfeld, N. Martial-Braz, K. Favro et C. Zolynski. Une ordonnance doit de nouveau réformer le droit interne afin de procéder à la mise en cohérence de ces réformes.

¹⁴⁸ Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, §8 ; décision n°2018-765 DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données*, § 47.

¹⁴⁹ Il en est ainsi par exemple de l'enregistrement d'une voix ou de la cartographie des trajets d'un individu.

¹⁵⁰ Bien que le traitement effectué par le moteur de recherche de Google soit techniquement mis en œuvre en dehors de l'Union, elle a jugé qu'il relevait du champ d'application territorial de la loi espagnole.

¹⁵¹ Sur ce point, v. F. Jault-Seseke et C. Zolynski, Le règlement 2016/679 /UE relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé, *D.* 2016, p. 1874.

poursuivie (principe dit de minimisation des données) et leur durée de conservation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire au regard de cette finalité¹⁵².

Consentement ou fondement légitime. L'article 8 de la Charte dispose également que les données doivent être traitées « *sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi* ». Le consentement de la personne est ainsi reconnu comme le fondement premier du traitement de ses données. Pour autant, il n'est ni une condition suffisante de la licéité de celui-ci (les principes tels que la détermination des finalités et la minimisation des données doivent également être respectés) ni une condition nécessaire : d'autres fondements sont possibles, tels que l'existence d'une obligation légale, l'exercice d'une mission de service public ou l'intérêt légitime du responsable de traitement. Lorsque le consentement est le fondement du traitement, celui-ci doit être une « *manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque* » et prendre la forme d'une « *déclaration* » ou « *d'un acte positif clair* » (article 4.11) ; il ne peut donc s'agir d'une simple absence d'opposition¹⁵³.

Droits indisponibles. La personne concernée jouit de droits à l'égard des données qui la concernent et qui font l'objet d'un traitement, droits qu'elle ne peut aliéner. Elle doit en premier lieu être informée du traitement et de ses finalités, droit qui conditionne l'exercice des autres (article 13). Elle a le droit d'accéder aux données (article 15) et d'en demander la rectification ou l'effacement (articles 16 et 17), notamment si les données traitées sont inexactes ou qu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités. Elle peut retirer son consentement à tout moment lorsque le traitement est fondé sur celui-ci et exercer un droit d'opposition lorsqu'il repose sur l'intérêt légitime du responsable du traitement¹⁵⁴. Le RGPD a également créé un droit à la portabilité¹⁵⁵ (article 20), en vertu duquel les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant et de les transmettre à un autre responsable de traitement. Ce droit doit favoriser le libre choix des consommateurs pour les services numériques, la crainte de perdre toutes les données personnelles collectées par l'un d'entre eux pouvant être un frein important.

Régulation administrative et corégulation. Enfin, le respect de la législation sur les données personnelles est garanti dans chaque Etat membre par une autorité indépendante (article 8.3 de la Charte)¹⁵⁶. S'il existe des AAI dans bien des domaines, il s'agit sans doute du seul dans lequel l'existence d'une telle autorité est garantie par le droit primaire de l'Union européenne. Alors que la loi du 6 janvier 1978 dans sa version initiale mettait l'accent sur le contrôle *a priori* des traitements par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), impliquant des déclarations ou des demandes d'autorisation, le RGPD instaure une logique dite de « *compliance* », faite de responsabilisation des acteurs qui traitent les données, de corégulation et de contrôle *a posteriori*¹⁵⁷. Les responsables doivent documenter l'ensemble de leurs traitements, se doter dans de nombreux cas d'un délégué à la protection des données et réaliser des analyses d'impact pour les traitements les plus massifs et les plus sensibles.

¹⁵² V. F. Gaullier, Le principe de finalité du traitement dans le RGPD : beaucoup d'ancien et peu de nouveau, *Comm. com. électr.* 2018, étude n°10.

¹⁵³ Sur ce point, v. A. Debet, Le consentement dans le RGPD : rôle et définition, *Comm. com. électr.* 2018, étude 9.

¹⁵⁴ Le responsable du traitement doit alors y mettre fin, « *à moins qu'il ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice* » (article 21).

¹⁵⁵ V. *infra* 3.3.2.

¹⁵⁶ V. K. Favro, La CNIL, une autorité à l'âge de la maturité, *Dalloz IP. IT* 2018, p. 464 et J. Deroulez, Les autorités de contrôle en droit des données personnelles, *Comm. com. électr.* 2018, étude 7.

¹⁵⁷ En ce sens, I. Falque-Pierrotin, L'Europe des données ou l'individu au cœur d'un système de compliance, in FRISON-ROCHE M.-A. (dir.), *Régulation, supervision, compliance*, Dalloz 2017, p. 29 ; G. Perronne et E. Daoud, Loi Sapin II, Loi Vigilance et RGPD, pour une approche décloisonnée de la compliance, *Dalloz IP.IT* 2017. 584 ; C. Zolynski, Droit des données personnelles et compliance, in *Compliance* : l'entreprise, le régulateur et le juge, dir. N. Borgia, et J.-C. Marin, J. -C. Roda, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p. 129.

Ils s'exposent en cas de violation à de lourdes sanctions prononcées par l'autorité indépendante, pouvant aller jusqu'à 25 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel total mondial (article 83).

3.2.2. Les zones de rencontre avec la propriété littéraire et artistique

Attractivité des données à caractère personnel. Les données personnelles font désormais l'objet de toutes les attentions. De la part des opérateurs, dès lors que, œuvrant à élaborer un nouveau paradigme informationnel, leur valorisation permet d'améliorer leurs processus de production et de renouveler la relation client dans une logique de personnalisation¹⁵⁸. De la part des régulateurs également, en raison des tensions que leur collecte et leur exploitation font naître entre les perspectives de croissance associées aux nouveaux services construits autour de ces données, les risques d'atteinte majeures aux droits et libertés fondamentaux des personnes concernées, ou encore la redéfinition en cours des grands équilibres sur le marché dans bon nombre de secteurs¹⁵⁹. De la part des individus encore, qui oscillent entre l'envie de bénéficier de ces nouveaux produits et services personnalisés et celle de préserver leur souveraineté numérique dans un contexte de surveillance généralisée et de développement de pratiques de captation de leur attention.

La conjugaison d'un mouvement généralisé de « mise en données » du monde¹⁶⁰ et d'une approche particulièrement compréhensive des données personnelles retenue par le législateur européen, ne pouvait que nourrir la rencontre du droit de la propriété littéraire et artistique avec celui des données à caractère personnel. Celle-ci a alimenté le contentieux relatif aux dispositifs de lutte contre la contrefaçon en ligne et devient stratégique dans la course au contrôle de la relation-client qui s'articule autour de l'**individuation des utilisateurs**.

➤ Des finalités à concilier en matière de lutte contre la contrefaçon

Données personnelles et lutte contre la contrefaçon. Le droit des données personnelles et le droit de la propriété littéraire et artistique ont tous deux des finalités de protection¹⁶¹, mais ils ne protègent pas la même chose. Cette différence des objets protégés peut nécessiter la conciliation des deux corpus juridiques, en particulier en matière de lutte contre la contrefaçon. En effet, dans un environnement numérique, la détection des actes de contrefaçon et l'identification de leurs auteurs nécessitent le traitement de données à caractère personnel. Sans chercher ici à être exhaustif, trois épisodes contentieux illustrent comment, sans empêcher la lutte contre la contrefaçon, la protection des données à caractère personnel peut lui imposer certaines limites, le juge national ou européen procédant à un exercice classique de conciliation de deux droits fondamentaux d'égale valeur normative.

Le premier épisode est intervenu à l'occasion de la transposition en droit français de la directive 95/46¹⁶². Réservant en principe la mise en œuvre de traitements de données relatives

¹⁵⁸ Ou « *consumer relationship management* ». V. D. Boulier, *Sociologie du numérique*, Armand Colin, 2016, p. 183. Adde, F. Rochelandet, *Economie des données personnelles et de la vie privée*, La découverte, coll. Repères, 2016.

¹⁵⁹ Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, septembre 2017.

¹⁶⁰ D'autres évoquent encore « l'ère de la donnée ambiante » dans lequel « nous pensons et agissons dans une « copie numérique » du monde » : H. Verdier, Introduction, in *Les Big data à découvert*, dir. M. Bouzheghour et R. Mosseri, CNRS éd., 2017, p. 45.

¹⁶¹ Ainsi, l'article 17.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose que « la propriété intellectuelle est protégée » et la directive DADVSI du 22 mai 2001 affiche comme ambition « un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle » (considérant 4).

¹⁶² La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces

aux infractions, condamnations et mesures de sûreté aux autorités publiques et aux auxiliaires de justice, la loi du 6 août 2004 avait prévu une exception en faveur des sociétés de perception et de gestion des droits d'auteur et de droits voisins et des organismes de défense professionnelle. Le Conseil constitutionnel a admis cette exception, jugeant que cette mesure tendait « à lutter contre les nouvelles pratiques de contrefaçon qui se développent sur le réseau Internet » et qu'elle « [répondait] ainsi à l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle »¹⁶³. Il a relevé la présence de plusieurs garanties, notamment la soumission de ces traitements à une autorisation de la CNIL et le fait que l'identification nominative des personnes concernées ne pourrait intervenir que dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Protection des données à caractère personnel et interdiction de filtrage général. L'affaire *Scarlet c/ SABAM*¹⁶⁴, qui constitue le second épisode, a limité les obligations pouvant être imposées aux fournisseurs d'accès à internet pour empêcher l'accès à des sites contrefaisants. La CJUE était saisie sur renvoi préjudiciel par une juridiction belge de la question de savoir si un juge national pouvait enjoindre à un fournisseur d'accès à internet de mettre en place, à ses frais, un système de filtrage généralisé des communications électroniques afin de bloquer le transfert d'œuvres musicales par l'emploi de logiciels de pair à pair. Interprétant la combinaison des directives pertinentes relatives au droit d'auteur et à la protection des données personnelles au regard de plusieurs droits fondamentaux (droit de propriété intellectuelle, mais aussi protection des données personnelles et liberté d'expression), la Cour de Luxembourg a jugé que ces dispositions faisaient obstacle à une telle injonction de mettre en place un système de filtrage généralisé.

Conservation des métadonnées et enjeux de protection de la vie privée. Le dernier épisode s'inscrit dans un imbroglio juridique dont les enjeux vont bien au-delà du seul champ de la propriété littéraire et artistique. Des lois de 2000 et 2001¹⁶⁵ ont imposé aux fournisseurs d'accès à internet, aux hébergeurs et aux opérateurs de télécommunications la conservation générale pendant un an des données de connexion (données relatives à l'émetteur, au destinataire, à la durée et à la localisation d'une communication, à l'exclusion du contenu de celle-ci), à l'époque uniquement pour permettre la recherche des auteurs des infractions pénales, dans le cadre d'enquêtes de police judiciaire. L'accès à ces données a ensuite été successivement élargi à de nombreuses autorités pour des finalités variées, dont les services de renseignement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et la protection de la sécurité nationale, mais aussi la HADOPI par la loi du 12 juin 2009¹⁶⁶, qui a procédé à sa création. L'accès aux « métadonnées » est au cœur des missions de la HADOPI depuis sa création, puisque c'est lui qui permet de connaître l'identité des internautes ayant procédé sans droit à des opérations de téléchargement de pair à pair¹⁶⁷.

données est le premier texte de droit de l'Union intervenu en la matière. Elle a été remplacée par le RGPD, entré en vigueur le 25 mai 2018.

¹⁶³ Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, §13 ; V.-L. Benabou, *Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa)*, *Prop. Intell.* 2005, n° 16, p. 269-276.

¹⁶⁴ CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10.

¹⁶⁵ Loi n° 2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

¹⁶⁶ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹⁶⁷ Le traitement de données afférent est organisé par le décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ». Les articles R. 331-37 à R. 331-38 du CPI définissent les conditions d'interconnexion entre ce traitement placé sous la responsabilité de la HADOPI et ceux mis en œuvre par les opérateurs de communications électroniques, aux fins d'identification des personnes ayant procédé de manière illicite à des actes de téléchargement ou de mises à disposition d'œuvres ou d'objets protégés.

Par un arrêt de grande chambre du 21 décembre 2016¹⁶⁸, la CJUE a jugé que la directive « vie privée et communications électroniques » du 12 juillet 2002¹⁶⁹, lue à la lumière de plusieurs articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont les articles 7 et 8 relatifs à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, s'opposait à une réglementation nationale prévoyant une conservation généralisée et indifférenciée des métadonnées, même à des fins de lutte contre la criminalité. Le législateur français n'a pas, à ce jour, donné de suite à cet arrêt, les pouvoirs publics considérant la conservation générale des métadonnées comme indispensable à la protection de la sécurité nationale, notamment dans un contexte de menace terroriste. Récemment, le Conseil d'Etat a décidé d'un renvoi préjudiciel qui tend, comme le montrent sans ambiguïté les conclusions du rapporteur public Edouard Crépey, à ce que la CJUE revienne sur sa position¹⁷⁰.

S'il était mis fin à la conservation générale des métadonnées, cela aurait bien sûr pour conséquence d'empêcher tous les accès qui existent aujourd'hui, dont celui de la HADOPI. En outre, même si la CJUE revenait sur l'arrêt *Tele2 Sverige*, il n'est pas certain que cet accès pourrait être maintenu dans les conditions actuelles. Dans cet arrêt, la CJUE a opéré une distinction entre la lutte contre la criminalité grave, seule susceptible de justifier la conservation des métadonnées (même si la Cour juge *in fine* que l'atteinte aux libertés fondamentales est disproportionnée), et les autres finalités. De plus, en droit interne, le Conseil constitutionnel a censuré l'accès aux métadonnées de communication dont disposaient les agents de l'Autorité des marchés financiers, sur la base de textes analogues à ceux de la HADOPI¹⁷¹. Il a jugé que l'accès de l'AMF n'étant soumis à aucune autre garantie que l'habilitation des agents et le respect du secret professionnel, le législateur n'avait pas procédé à une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et la recherche des auteurs d'infractions. Comme le souligne Audrey Lebois¹⁷², le fait que l'obligation de vigilance prévue par l'article L. 336-3, qui est au cœur du système de la HADOPI, fasse l'objet à titre principal de sanctions contraventionnelles, ne plaide pas en faveur d'une assimilation à la lutte contre la criminalité grave.

Un arrêt récent du la CJUE laisse entrevoir la possibilité d'une approche plus pragmatique de celle-ci sur l'accès à certaines métadonnées, modulant le niveau des exigences à la gravité de l'atteinte à la vie privée. S'agissant de l'accès d'autorités publiques aux données visant à l'identification des titulaires des cartes SIM activées avec un téléphone mobile volé, la CJUE a jugé qu'elle comportait une ingérence dans les droits fondamentaux de ces derniers, mais qui ne présentait pas une gravité telle que cet accès devrait être limité, en matière de prévention, de recherche, de détection et de poursuite d'infractions pénales, à la lutte contre la criminalité grave¹⁷³. Concernant la HADOPI, les données traitées ne portent ni sur la localisation des personnes, données considérées comme particulièrement sensibles par l'arrêt *Tele2 Sverige*, ni les données de téléphonie.

Une étude récente faite à la demande de la HADOPI soulignait ces différences ainsi que la garantie représentée par l'intervention d'une autorité administrative indépendante, et proposait d'autonomiser juridiquement le dispositif d'accès aux données de la HADOPI du dispositif général prévu par le code des postes et des communications électroniques¹⁷⁴.

¹⁶⁸ CJUE, Grande chambre, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department contre Tom Watson e.a.*, aff. C-203/15 et C-698/15.

¹⁶⁹ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (souvent dénommée directive « e-privacy »).

¹⁷⁰ CE, 26 juillet 2018, *Quadrature du net et autres*, CHR, B, n° 394922.

¹⁷¹ Décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017.

¹⁷² A. Lebois, « Lutte contre la contrefaçon et données personnelles », *Dalloz IP_IT* 2018 p. 107.

¹⁷³ Grande chambre, 2 octobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/18.

¹⁷⁴ L. Dutheillet de Lamothe et B. Gaschet, *La procédure de réponse graduée de la HADOPI*, décembre 2017.

➤ **Une superposition croissante entre œuvre, objets protégés et données personnelles**

Situations de chevauchement. Deux situations peuvent se rencontrer dans lesquelles les protections respectives des droits de propriété littéraire et artistique et des données à caractère personnel interfèrent : celles dans lesquelles les données à caractère personnel sont, par ailleurs, des objets de propriété intellectuelle ; celles, plus nombreuses, dans lesquelles un objet de propriété intellectuelle contient des données à caractère personnel.

Conjugaison d'intérêts. Dans le premier cas, on assisterait à une superposition des notions d'œuvres ou de prestations avec celle de données à caractère personnel. Cette hypothèse n'est pas purement théorique, dans la mesure où une œuvre ou une prestation d'un artiste interprète sont rattachées à l'identité de leurs créateurs et peuvent, de ce fait, s'analyser en des données à caractère personnel. L'œuvre implique l'originalité qui, elle-même implique une empreinte particulière de la personne, et donc le rattachement à celle-ci, critère de définition des données à caractère personnel. L'œuvre parlant de l'auteur, notamment à travers le droit moral de paternité, il n'y a pas de contrariété entre les deux corpus législatifs mais cumul de protections ; il sera loisible à l'auteur d'exiger des tiers qu'ils respectent à la fois le droit de propriété intellectuelle et la protection des données à caractère personnel. Ainsi, un auteur souhaitant s'opposer à la diffusion de son œuvre pourrait agir à la fois sur le fondement de son droit moral de retrait, s'agissant de la propriété intellectuelle, et sur celui de son droit d'opposition ou de son droit au retrait du consentement, s'agissant de la protection de ses données personnelles intégrées dans l'œuvre ou périphériques à celle-ci.

Données de tiers. Il se peut également qu'une œuvre intègre des éléments d'identification de tiers et dans ce cas, le conflit est possible, notamment lorsqu'un auteur énonce à propos d'une autre personne une information qui permet de l'identifier. Deux logiques s'opposent : celle de l'auteur qui veut diffuser son œuvre et celle de la personne qui veut restreindre, le cas échéant, cette diffusion. En réalité, l'arbitrage sera souvent opéré, non au regard du droit d'auteur mais avec la liberté d'expression, permettant de déterminer si, par exemple, l'intérêt public au traitement journalistique de l'information prime sur l'intérêt de l'individu à contrôler cette même information¹⁷⁵. Il se peut toutefois que l'auteur revendique son droit d'auteur pour procéder librement à la reproduction ou à la diffusion de son œuvre, laquelle peut par ailleurs s'analyser en un traitement de données à caractère personnel de tiers. Cette situation va se produire également dans le cas de l'exploitation d'une base de données. Le droit *sui generis* sur les bases de données confère au producteur un quasi-droit exclusif sur le contenu quantitativement ou qualitativement substantiel du contenu de la base lequel peut être constitué de données à caractère personnel. **Se manifeste alors un possible antagonisme entre une revendication propriétaire et une aspiration au contrôle ou à la rétention de certaines données personnelles par les individus.**

Dans ce cas, une conciliation doit être opérée entre l'intérêt patrimonial de l'auteur d'exploiter son œuvre ou le producteur, sa base de données, qui suppose qu'il puisse librement céder ses droits à des tiers pour qu'ils procèdent à des exploitations, d'une part, et l'intervention de l'individu dont les données sont contenues dans l'œuvre ou la base, d'autre part. En se bornant à prévoir au considérant 48 que ses dispositions sont « *sans préjudice de l'application de la législation en matière de protection des données* », la directive du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données ne semble pas régler toutes les questions, et la

¹⁷⁵ Cf. aussi la jurisprudence judiciaire sur le respect de la vie privée par les œuvres dites de docu-fiction, empruntant à des faits réels : par exemple TGI Paris (ord. Réf.) 10 février 2006 *M. Bolle c/ France Télévision interactive, Arte France, France 3 et autres* ; Cass. Civ. 1ère, 7 février 2006, *Jean X. et Editions du Palémon c/ Mme Y*, pourvoi n° 04-10941 ; Cass. Civ. 1ère, 30 septembre 2015, n°14-16273.

directive DADVSI du 22 mai 2001 n'est guère plus diserte sur l'articulation pratique des logiques¹⁷⁶.

Articulation difficile de la protection de la vie privée et de l'exploitation commerciale des données. La directive DADVSI se contente dans le considérant 57 d'énoncer que « *Les systèmes relatifs à l'information sur le régime des droits susmentionnés peuvent aussi, selon leur conception, traiter des données à caractère personnel relatives aux habitudes de consommation des particuliers pour ce qui est des objets protégés et permettre l'observation des comportements en ligne. Ces moyens techniques doivent, dans leurs fonctions techniques, incorporer les principes de protection de la vie privée, conformément à la directive 95/46/CE* ». Il est donc renvoyé aux principes de la *privacy by design* pour la détermination de l'architecture des solutions relatives à l'information sur le régime des droits.

La proposition de directive DAMUN, dans sa version résultant du vote du Parlement le 12 septembre 2018 rappelle l'obligation de se conformer aux principes fondamentaux de la Charte, au RGPD et cite spécifiquement le droit à l'oubli (considérant 46). Elle souligne, considérant 46 bis, « *l'importance de l'anonymat lors du traitement des données à caractère personnel à des fins commerciales* » et ajoute, « *en outre, dans l'utilisation des interfaces de plateformes en ligne, il convient que l'option de ne pas partager les données à caractère personnel soit encouragée en tant qu'option « par défaut* ». Ce positionnement risque de rendre plus difficile le partage de ces données entre les plateformes qui sont au cœur de la relation-client d'une part et les titulaires de droit d'autre part, dès lors que les titulaires seraient privés d'accès à cette information pour rétablir un contact direct avec leurs clients, à rebours des besoins exprimés par les titulaires de développer une plus grande individuation des utilisateurs, dès lors que ces services correspondent également à l'aspiration de ces derniers.

La législation sur la protection des données personnelles, dont la portée pratique a été renforcée par le RGPD entré en vigueur le 25 mai 2018, est susceptible de rencontrer le droit de la propriété intellectuelle au moins de deux manières.

La première a trait à la lutte contre la contrefaçon, les moyens de cette dernière, qui impliquent la collecte et le traitement de données personnelles, ne devant pas porter atteinte à leurs règles de protection. L'équilibre qui résultait notamment d'une décision du Conseil constitutionnel de 2004 et de l'arrêt *Scarlet* de la CJUE de 2011 pourrait être déstabilisé par l'arrêt *Tele2 Sverige* de 2016 de cette même cour qui, en remettant en cause la conservation générale des métadonnées, est susceptible de porter atteinte aux missions de la HADOPI qui les utilise, en dépit des garanties qui entourent déjà l'activité de la Haute Autorité.

La seconde, moins manifeste mais qui n'est pas pour autant théorique, a trait aux situations de chevauchement entre œuvres et données personnelles, qu'il s'agisse des données de l'auteur ou de celles de tiers.

Enfin devrait être pensée l'articulation de la protection des données à caractère personnel avec la possibilité de suivre l'usage des œuvres, à travers des dispositifs techniques de protection relatifs au régime sur l'information des droits. L'orientation de la directive DAMUN est, pour l'heure, de favoriser l'anonymat et le non-partage des données récoltées par les plateformes. Or, l'intérêt conjugué des titulaires et des utilisateurs, dès lors qu'ils y

¹⁷⁶ Considérant 60 : La protection prévue par la présente directive n'affecte pas les dispositions légales nationales ou communautaires dans d'autres domaines, tels que la propriété industrielle, la protection des données, les services d'accès conditionnel et à accès conditionnel, l'accès aux documents publics et la règle de la chronologie des médias, susceptibles d'avoir une incidence sur la protection du droit d'auteur ou des droits voisins.

consentent, pourrait plaider, au contraire, pour un partage de ces informations, dans le respect de la vie privée des individus.

3.3. Les données au cœur d'une tension entre circulation et réservation

L'univers numérique voit coexister, et parfois s'affronter, des mouvements en faveur du partage et de la circulation des données et d'autres en faveur de l'affirmation de nouveaux droits de propriété ou d'autres formes de réservation.

3.3.1. Les mouvements prônant la libre circulation des données

➤ Une politique publique d'ouverture des données scientifiques et culturelles

L'open access en matière d'édition scientifique, un enjeu de diffusion de la connaissance... Un vaste mouvement d'ouverture des données scientifique a été lancé à l'initiative des chercheurs, lequel a essaimé dans d'autres secteurs jusqu'à conduire les institutions à envisager de véritables politiques publiques de diffusion « ouverte ». « *Une tradition ancienne et une technologie nouvelle ont convergé pour rendre possible un bienfait public sans précédent. La tradition ancienne est la volonté des scientifiques et universitaires de publier sans rétribution les fruits de leur recherche dans des revues savantes, pour l'amour de la recherche et de la connaissance. La nouvelle technologie est l'Internet. Le bienfait public qu'elles rendent possible est la diffusion électronique à l'échelle mondiale de la littérature des revues à comité de lecture avec accès complètement gratuit et sans restriction à tous les scientifiques, savants, enseignants, étudiants et autres esprits curieux.* ». Ces quelques phrases introduisant l'Initiative de Budapest¹⁷⁷ reflètent bien le raisonnement porté par le mouvement en faveur de l'accès ouvert aux publications scientifiques : le numérique, en réduisant de manière drastique les coûts de reproduction et de diffusion des publications, offre une opportunité nouvelle de réaliser les valeurs de partage des connaissances inhérentes à la recherche scientifique. L'accès ouvert porte non seulement sur la publication mais aussi sur les données résultant de la recherche. L'ouverture des données d'expérimentation contribue à la diffusion des savoirs et à la vérification des résultats. Se développe notamment la publication des expériences ayant échoué, ce qui permet d'éviter à d'autres chercheurs de perdre du temps à explorer des voies sans issue.

... et une réaction au pouvoir croissant des éditeurs. Pour autant, le numérique ne conduit pas spontanément au libre partage des connaissances et au changement de la pratique des éditeurs relative à la valorisation des droits de la propriété intellectuelle. On constate au contraire qu'il a renforcé la concentration du marché de l'édition scientifique, dominé par quatre grands éditeurs (Elsevier, MacMillan/Nature/Springer, Thomson Reuters et Wiley) qui publient à eux seuls 50 % des revues à fort impact¹⁷⁸ et parviennent à capter l'activité de la plupart des sociétés savantes. Il en résulte une inflation des coûts en dépit des gains de productivité¹⁷⁹. Les progrès du mouvement en faveur de l'accès ouvert s'expliquent en partie par une réaction des scientifiques au pouvoir économique croissant des éditeurs, et l'écoute qu'il a reçu des

¹⁷⁷ Initiative de Budapest pour l'accès ouvert, 14 février 2002.

¹⁷⁸ *L'édition de sciences à l'heure numérique. Dynamiques en cours (2015)*, CNRS, Direction de l'information scientifique et technique.

¹⁷⁹ Enquête de l'Association des directeurs de bibliothèques universitaires ADBU sur les budgets d'acquisition des BU : http://adbu.fr/wp-content/uploads/2014/03/Enqu%C3%AAte_ADBU_2014.pdf : en France, entre 2002 et 2014, les dépenses de documentation électronique des laboratoires de recherche ont augmenté de 450 %.

pouvoirs publics par le souci de ces derniers de limiter les coûts croissants supportés par leurs organismes de recherche pour accéder aux résultats d'une production scientifique pourtant largement financée par eux.

Un développement certain mais contrasté. La publication en accès ouvert demeure une pratique minoritaire mais elle a acquis une place incontournable dans le paysage de l'édition scientifique. Le nombre de revues publiées en accès ouvert progresserait de 20 % à 30 % par an, avec une proportion croissante de publications à fort impact¹⁸⁰. Selon l'Association européenne des universités, 53 % des universités européennes ont une politique en faveur de l'accès ouvert et 40 % sont en train de la concevoir. Toutefois, cette même enquête montre que seul un tiers des chercheurs ont une bonne connaissance des politiques d'accès ouvert et que la crainte d'être moins bien perçu qu'en publiant dans des revues conventionnelles demeure un frein important. Demeure notamment sensible la question de la prise en considération par les instances d'évaluation des publications de ce type dans la valorisation des carrières universitaires.

Plusieurs systèmes d'ouverture. Il est d'usage de distinguer deux modes de publication en accès ouvert, la « voie verte » et la « voie dorée ». La voie verte consiste pour le chercheur à déposer son article dans un répertoire d'archivage à l'accès libre et gratuit. Parmi les répertoires les plus utilisés, on compte notamment HAL, développé par le CNRS et qui est aujourd'hui la plus grande base de données pour la recherche francophone, OpenAIRE qui est un réseau européen de répertoires en libre accès ou ArXiv dans les sciences physiques et mathématiques. La voie dorée consiste à passer par des revues qui sont entièrement en accès ouvert. Celles-ci reposent sur d'autres formes de financement que le modèle classique de paiement par le lecteur, les modèles étant variés : financement par l'auteur (modèle dit « auteur-payeur »), subventions par un *sponsor* (institution publique, société savante, etc), modèle dit *freemium* (consultation gratuite et services payants¹⁸¹) ou encore financement participatif.

L'accès ouvert ne doit pas être opposé de manière trop schématique au modèle conventionnel. La voie verte est par nature compatible avec ce dernier et ne fait que limiter le droit d'exclusivité de l'éditeur, en admettant à côté de la publication conventionnelle une publication sur une archive gratuite passé un délai d'embargo. La voie dorée, si elle est quantitativement dominée par des acteurs à but non lucratif¹⁸², est employée par de nombreux éditeurs à but lucratif, pour lesquels elle constitue un nouveau modèle économique. 80 % des nouvelles revues lancées sur le marché sont aujourd'hui des revues en accès ouvert¹⁸³. Les dérives de certaines revues en accès ouvert, qui demandent des paiements aux auteurs sans offrir aucun service en contrepartie, les ont fait qualifier par certains de « revues prédatrices »¹⁸⁴. **Alors que la relation entre la revue et le chercheur qui y publie s'apparente à un contrat à compte d'auteur, qui n'est pas un contrat d'édition selon l'article L. 132-2 du code de la propriété intellectuelle, les sociétés à but lucratif exploitant ces revues tendent à se prévaloir des prérogatives de l'éditeur, par exemple pour faire payer la fouille de texte et de données, ce qui constitue une dérive du système.**

Une démarche soutenue par l'Union européenne. Sous l'impulsion de la Commission européenne - non pas de la DG Connect mais de la DG Recherche -, l'Union européenne

¹⁸⁰ E. Poltronieri et al., "Open access publishing trend analysis: statistics beyond the perception", *Information Research*, vol. 21 no. 2, June, 2016.

¹⁸¹ Par exemple la réalisation de statistiques ou la lecture des articles dans des formats améliorés.

¹⁸² Selon une estimation du Directory of Open Access Journals en 2015, un répertoire collaboratif de revues en accès ouvert, les deux tiers de ces journaux sont financés par des subventions.

¹⁸³ CNRS, *op. cit.*

¹⁸⁴ Le site collaboratif « Stop Predatory Journals » propose ainsi une liste noire de revues prédatrices, basée sur dix critères (tarifs exorbitants au regard de l'absence de revue par les pairs et de supervision éditoriale, acceptation d'articles de faible qualité voire de canulars, affichage dans les comités éditoriaux de personnalités inexistantes ou dont le consentement n'a pas été demandé, etc). <https://predatoryjournals.com/about/>

témoigne depuis plusieurs années d'un soutien constant en faveur de la diffusion de la recherche en accès ouvert. Celui-ci est une condition du bénéfice des subventions européennes en matière de recherche ; l'article 18 du règlement du 11 décembre 2013 portant établissement du Programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » - 2014-2020¹⁸⁵ dispose que « *l'accès ouvert aux publications scientifiques résultant de la recherche financée par des fonds publics au titre d'Horizon 2020 est assuré* », l'accès ouvert aux données résultant de la recherche étant quant à lui « *encouragé* », sous réserve de droits de propriété intellectuelle ou de la protection des données personnelles. La Commission européenne recommande aussi aux Etats membres, pour ce qui relève de leur compétence, de définir des politiques en faveur de l'accès ouvert ; la recommandation du 25 avril 2018, qui s'est substituée à celle du 17 juillet 2012, invite notamment les Etats à prévoir que toutes les publications issues de la recherche financée sur fonds publics soient en accès ouvert au plus tard en 2020.

L'open data dans la loi pour une République numérique. En France, l'article 30 de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique prévoit qu'un article scientifique issu d'une recherche financée au moins à moitié par des fonds publics peut être publiée par son auteur sur une archive ouverte (voie verte), nonobstant les droits d'exclusivité cédés à l'éditeur, passé un délai d'embargo d'un an pour les sciences humaines et sociales et de six mois pour les autres disciplines. Ces dispositions, d'ordre public, constituent donc une limite à la cession exclusive des droits à l'éditeur¹⁸⁶. La voie empruntée par la France l'a été dans des conditions similaires par les Etats-Unis, l'Allemagne, le Royaume-Uni ou encore l'Italie.

La rencontre entre le droit d'auteur et la politique d'ouverture des données scientifiques repose ici sur une dissociation de l'exercice du droit par l'auteur et par l'éditeur créant une asymétrie de contrôle entre les deux types de titularités – originaire et contractuelle. L'auteur demeure maître de choisir la diffusion ouverte ; il n'y a pas d'obligation légale. Quant à l'éditeur, il perd son pouvoir d'interdire et son exclusivité dans le cas où l'auteur verse son œuvre dans une de ces archives ouvertes, ce qu'il est incité à faire par les politiques publiques conduites par les institutions comme par la communauté universitaire¹⁸⁷.

➤ **Circulation « cross-plateforme » et plateformes de données**

Circulantes, fluides, et bien souvent co-construites, les données paraissent répondre à une nouvelle logique sur laquelle il serait possible de s'appuyer, pour le moins de s'inspirer, afin de permettre aux titulaires de droit de tirer bénéfice de l'économie qui leur est associée (qualifiée en anglais de « *data driven economy* »).

Des aspirations à une portabilité des données élargie. Les données sont au cœur des stratégies de contrôle et de création de valeur, qu'il s'agisse des modèles d'affaires des entreprises ou de l'amélioration des politiques publiques. Afin de tirer pleinement profit de leur valeur informationnelle et de promouvoir l'émergence de nouveaux services autour des données, **nombre d'acteurs réclament désormais la consécration d'une portabilité des données élargie qui permettrait d'encourager le partage de données, d'éviter les effets de verrouillage et ainsi de promouvoir la concurrence et l'innovation par la création de nouveaux services.** La portabilité des contenus est également encouragée depuis l'adoption

¹⁸⁵ Règlement (UE) n° 1291/2013 du Parlement européen et du Conseil règlement du 11 décembre 2013 portant établissement du Programme-cadre pour la recherche et l'innovation « Horizon 2020 » - 2014-2020.

¹⁸⁶ V. T. Azzi, « Open data et propriété intellectuelle », préc.

¹⁸⁷ Les incertitudes sur les obligations issues du droit de la propriété intellectuelle demeurent toutefois un frein possible à la diffusion en accès ouvert de données ou de contenus à caractère culturel ou scientifique. Selon l'étude de l'Association européenne des universités, 75,1 % des chercheurs signalent la crainte de commettre une contrefaçon comme un obstacle important au dépôt de leurs articles sur des archives ouvertes.

du règlement sur la portabilité transfrontière des contenus¹⁸⁸. Elle se définit alors comme la possibilité d'assurer l'accès à distance aux abonnés d'un service de contenu en ligne afin qu'ils puissent les utiliser lorsqu'ils sont présents temporairement dans un autre État membre que leur État membre de résidence. Si ces deux notions – portabilité/récupération des données et portabilité/accès aux contenus – ne sauraient être confondues, elles participent toutefois d'une même stratégie de construction d'un marché unique numérique de l'Union Européenne par une meilleure circulation de ces actifs numériques¹⁸⁹.

Droit à la portabilité/récupération consacré : droit positif et réformes en cours. Le droit à la portabilité des données est d'ores et déjà consacré s'agissant des données personnelles et des données associées aux comptes utilisateurs respectivement par le RGPD pour le premier et, en France, par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016. Ce nouveau droit reconnu aux individus entend favoriser la maîtrise de leurs données en octroyant à ces derniers la possibilité de les récupérer et de les transmettre à un autre prestataire ou de les gérer eux-mêmes¹⁹⁰ (grâce aux nouveaux services de *Personal Information Management Systems* dits « *PIMS* »). La portabilité des données poursuit dès lors un double objectif. Le droit à la portabilité s'analyse tout d'abord comme une prérogative essentielle pour rendre à la personne la maîtrise de ses données ; elle est une manifestation du principe d'autodétermination informationnelle qui prolonge l'approche personnaliste et non patrimoniale consacrée en la matière¹⁹¹. La portabilité des données peut encore s'analyser sous l'angle de la concurrence, dès lors qu'elle permet d'améliorer l'accès aux données et, partant, de maximiser leur valeur grâce à l'émergence d'un écosystème innovant¹⁹².

L'article 20 du RGPD prévoit ainsi que « *les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle* ». Quant à la loi pour une République numérique, elle a introduit dans le code de la consommation de nouveaux textes visant plus généralement l'ensemble des données associées au compte utilisateur ainsi que les fichiers mis en ligne¹⁹³ ; ceux-ci n'ont toutefois vocation à s'appliquer qu'aux fournisseurs de services les plus importants¹⁹⁴ et consacrent une approche volontairement consumériste qui réserve le bénéfice de ce droit aux seuls consommateurs¹⁹⁵.

Depuis l'entrée en application de ces réformes, les utilisateurs peuvent stocker ou transmettre leurs données aisément d'un système d'information à un autre, en vue de leur réutilisation à des fins personnelles, ce qui permet de promouvoir l'émergence de nouveaux services autour de la donnée. Il faut encore signaler qu'un droit à la récupération des données avait également

¹⁸⁸ Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur.

¹⁸⁹ Sur ce point, v. M. Leroy et C. Zolynski, « La portabilité des données personnelles et non personnelles. Pour une politique européenne de la donnée », *Légicom* 2018/1, p. 105.

¹⁹⁰ De nouveaux services dédiés à la gestion par un individu de ses données se développent, qualifiés de systèmes de gestion des informations personnelles (en anglais, *Personal Information Management Systems* (PIMS)).

¹⁹¹ En ce sens, Conseil d'Etat, *Etude annuelle 2014. Numérique et droits fondamentaux*, septembre 2014 ; J. Rochfeld, Contre l'hypothèse de la qualification des données en tant que biens, in *Les biens numériques*, PUF, 2015, p. 214. ; Les géants de l'internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur 'propriété', in *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'internet*, dir. M. Behar-Touchais, IRJS éd., 2015, p. 73 - Adde, Conseil national du numérique, *Rapport sur la neutralité des plateformes "Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable"*, mai 2014, p. 37. ; J.N. Purtova, *Property Rights in Personal Data. A European Perspective*, Kluwer Law International 2012.

¹⁹² OECD, *Maximising the Economic and Social Value of Data* : <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/enhanced-data-access.htm>

¹⁹³ C. cons., art. L. 224-42-3.

¹⁹⁴ C. cons., art. L. 224-42-4.

¹⁹⁵ Sur ces différents textes et leur mise en œuvre, v. M. Leroy et C. Zolynski, art. préc.

été envisagé par la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, dans l'hypothèse d'une inexécution du contrat ou de rupture d'un contrat de long terme conclu entre le fournisseur de contenu ou de service numérique et son cocontractant consommateur¹⁹⁶. Ces différents textes ou projets de réforme paraissent ainsi traduire une évolution des autorités publiques en faveur d'une plus grande maîtrise des données par les utilisateurs et permettent d'observer la construction progressive d'un droit de la donnée.

Free flow of data et droit à la portabilité (a minima ?). Dans la mesure où cette nouvelle prérogative constitue un instrument propice à la libre circulation des données entre opérateurs, certains préconisent désormais de l'étendre au-delà du champ des données personnelles ou rattachés aux individus¹⁹⁷. Cette proposition part du constat selon lequel les acteurs économiques et les consommateurs utilisent très largement des solutions externes d'informatique en nuage ou *cloud computing* à l'égard desquels ils peuvent se retrouver en situation de dépendance. Or, les plus petites structures n'ont souvent pas les moyens humains et matériels de négocier les contrats avec les opérateurs à leur avantage, et rencontrent des difficultés pour récupérer leurs données lorsqu'elles souhaitent migrer vers un autre service lors de la résiliation du contrat. Le droit à la portabilité pourrait alors leur permettre de récupérer l'intégralité des données qu'elles ont « générées » et qui sont stockées et/ou traitées chez un fournisseur de services numériques, afin notamment de les transférer chez un autre prestataire de services. Il s'agirait ainsi d'un outil de promotion de la concurrence et de l'innovation sur le marché européen du *cloud computing*. Plus généralement, en redonnant aux acteurs la maîtrise de leurs données, la portabilité pourrait être un instrument de rééquilibrage de l'asymétrie de pouvoirs entre utilisateurs et services de l'économie numérique. Un tel droit permettrait de lutter contre les effets de verrouillage et de fuite de la valeur en rendant possible le développement de services en interne ou au niveau d'un secteur professionnel. Enfin, de nouveaux services tiers fondés sur le croisement de plusieurs sources de données pourraient se développer grâce à la portabilité¹⁹⁸.

Il faut toutefois noter que seule une consécration *a minima* est actuellement à l'ordre du jour en droit de l'UE, dès lors que l'article 6 de la proposition de règlement du 13 septembre 2017 sur la libre circulation des données à caractère non personnel¹⁹⁹ ne fait que recommander de faciliter le passage d'un service à l'autre pour les utilisateurs professionnels, en mettant notamment en place des standards et en favorisant la transparence contractuelle. Il est donc loin de consacrer un véritable droit général à la portabilité des données²⁰⁰. Ce dispositif n'a, pour l'heure, pas été envisagé dans les textes relatifs à la propriété intellectuelle.

¹⁹⁶ V. les articles 13 et 16 de la proposition de directive du parlement Européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique du 7 décembre 2015, COM (2015) 634 final 2015/0287 (COD). Pour une analyse comparée des différents textes, v. C. Berthet, C. Zolynski, N. Anciaux et P. Pucheral, *Contenus numériques, récupération des données et empouvoirement du consommateur*, *Dalloz IP/IT* 2017, p. 29. Adde, J. Rochfeld, *Le contrat de fourniture de contenus numériques : la reconnaissance de l'économie spécifique contenus contre données*, *Dalloz IP_ IT*, 2017, p. 12.

A l'issue des premières négociations, le texte a été modifié afin d'écarter une éventuelle patrimonialisation des données personnelles qui serait contraire aux fondements du RGPD et de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE en ce que celles-ci ne seraient s'analyser comme une contrepartie (v. l'avis du Contrôleur européen à la protection des données, 14 mars 2017, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_fr.pdf).

¹⁹⁷ En ce sens, v. l'avis du CNNum sur la libre circulation des données dans l'Union européenne, préc.

¹⁹⁸ V. les exemples sur le bâtiment intelligent in Conseil national du numérique, *Fiche sur la consécration d'un droit à la portabilité des données non-personnelles*, juillet 2017, <https://cnnumerique.fr/files/2017-10/Cr%C3%A9ation-dun-droit-%C3%A0-la-portabilit%C3%A9-des-donn%C3%A9es-non-personnelles.pdf>

¹⁹⁹ A la date de publication de ce rapport, le règlement avait fait l'objet d'une adoption définitive par le Parlement européen le 4 octobre 2017, mais n'avait pas encore été publié.

²⁰⁰ Pour une analyse critique de cette proposition, v. M. Leroy et C. Zolynski, art. préc ; Avis du CNNUM sur la libre circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, p. 3.

3.3.2. Vers l'édification d'un droit de propriété sur les données ?

Le projet mort-né d'une propriété des données ? A rebours du mouvement de promotion d'accès facilités et de partage des données, ressurgit dans le même temps la tentation de renforcer les mécanismes d'exclusivité en consacrant un nouveau droit de propriété sur les données. Cette piste, un temps envisagée par la Commission européenne dans sa stratégie visant à promouvoir le marché unique du numérique, fait toutefois l'objet de nombreuses craintes²⁰¹ et suscite d'importantes réserves.

Champ d'application du droit. Les difficultés tiendraient de prime abord à l'identification de l'objet du droit et de son titulaire. On peut ainsi s'interroger sur l'objet de la protection. Doit-il s'agir de la donnée brute résultant d'une activité ; ou bien de la donnée « nettoyée », organisée, voire des métadonnées extraites ; ou encore des données qualifiées, croisées qui ont fait par exemple l'objet d'un traitement algorithmique pour en extraire une nouvelle information ? Comment établir des droits de propriété sur un objet aussi mouvant que la donnée à l'ère du « *big data* », dont la richesse provient des « 3 V » (volume, variété, vélocité)²⁰². Comment, encore, résoudre les difficultés tenant à la porosité de la distinction entre ces données et les données personnelles dont la patrimonialisation est exclue par le RGPD²⁰³ ? En outre, qui serait le titulaire de ce nouveau droit dès lors que de nombreux acteurs participent à la production et au traitement des données ? Afin de pouvoir répondre à ces questions, il conviendrait préalablement d'identifier la valeur ajoutée à protéger, ce qui reste aujourd'hui pour le moins délicat, au risque de limiter, sans justification suffisante, les libertés d'information et d'entreprendre.

Contrairement à l'objectif de clarification recherché, une telle consécration pourrait multiplier le contentieux et accroître l'insécurité juridique, sans compter que l'asymétrie contractuelle entre les différents opérateurs ne serait pas nécessairement réduite au regard de la probable insertion de clauses de cession automatique au profit de l'acteur en position de domination. Au-delà et surtout, la patrimonialisation de ces données pourrait remettre en cause un paradigme traditionnel en ébranlant l'équilibre fragile établi par la directive 96/9 au prix d'âpres discussions, pour éviter toute réserve de l'information²⁰⁴.

L'opportunité économique d'un tel droit en question. L'opportunité d'une telle

²⁰¹ Commission européenne 'Building A European Data Economy', Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, 10 janvier 2017, COM (2017) 9 final, 13 ; European Commission, 'Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy', Brussels, 10 janvier 2017, SWD (2017) 2 final, 33-38.

²⁰² En ce sens v. P. Bernt Hugenholtz, « Data property: Unwelcome Guest in the House of IP », https://www.ivir.nl/publicaties/download/Data_property_Muenster.pdf, p. 12 ; v. Egalement la position des chercheurs du Max Planck Institute, J. Drexler, R. Hilty, L. Desautelles, F. Greiner, D. Kim, H. Richter, G. Surblyte, K. Wiedemann, Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate (August 16, 2016). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-10, <https://ssrn.com/abstract=2833165> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2833165>

²⁰³ Sur les critiques adressées à la thèse favorable à la patrimonialisation des données personnelles, v. notamment le rapport annuel de la CNIL pour 2017, p. 53 & s et déjà, le rapport n°441 au Sénat présenté le 24 mai 2009 par Y. Détraigne et A.-M. Escoffier, *Respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*, p. 106 ou encore Conseil d'Etat, *Numérique et droits fondamentaux*, préc. ainsi que Conseil national du numérique, Rapport sur la neutralité des plateformes "Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable", mai 2014, p. 37. Adde, J. Rochfeld, Contre l'hypothèse de la qualification des données en tant que biens, in *Les biens numériques*, PUF, 2015, p. 214 et Les géants de l'internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur 'propriété', in *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'internet*, dir. M. Behar-Touchais, IRJS éd., 2015, p. 73.

²⁰⁴ Les décisions rendues depuis par la Cour de justice le confirment : v. not. CJCE, 9 nov. 2004, n° C-203/02 et n° C-46/02. Sur cette analyse, v. l'avis du Conseil national du numérique sur la libre circulation des données dans l'Union européenne, avril 2017, https://cnnumerique.fr/files/uploads/2017/04/AvisCNUM_FFoD_VFinale.pdf.

consécration est également vivement discutée. Certains²⁰⁵ considèrent ainsi que la consécration d'un droit de propriété sur les données repose sur une vision dépassée qui paraît oublier que les données ont une valeur subjective, une valeur d'usage ne résultant pas nécessairement des données *per se* mais plutôt de « *ce qu'elles permettent de faire et les positions stratégiques auxquelles elles donnent accès* »²⁰⁶ ; une valeur d'usage qui est produite, dans le contexte de l'économie guidée par la donnée, à partir des croisements entre différents jeux de données.

Par conséquent, la question qui se pose n'est plus tant celle de la protection de l'investissement pour la constitution de larges bases de données que celle de l'incitation à leur recontextualisation. Or, dans un très grand nombre de cas, les activités de collecte et de qualification sont réalisées de manière ancillaire, pour servir un processus industriel : elles sont un moyen plutôt qu'une fin. Le croisement avec d'autres données est en revanche au service d'une nouvelle finalité ; dès lors, il est possible de considérer que c'est cette phase, parce qu'elle recouvre le véritable potentiel du *big data* et l'émergence de nouveaux services, qui devrait être soutenue. Le risque serait grand, alors, de voir la concurrence et la diversité limitées par la constitution de monopoles informationnels qui pourrait aller à l'encontre non seulement de l'objectif de promotion de l'innovation mais aussi de pluralisme de l'information.

Ces considérations sont désormais majeures dans le contexte de la révolution de l'Intelligence artificielle. En effet, avec le déploiement du *machine learning* tout particulièrement, la question de l'accès aux données devient cruciale dans la mesure où, si les algorithmes d'intelligence artificielle sont développés sous des licences ouvertes, le seul avantage concurrentiel réside alors dans l'accès aux données servant à entraîner les algorithmes²⁰⁷. Reconnaître un droit exclusif sur les données pourrait alors avoir pour effet de réserver le développement de cette technologie clef à quelques entreprises à même de capter une masse suffisante de données et de les conserver. Les enjeux sociétaux et géostratégique sont cruciaux dès lors que l'intelligence artificielle est présentée comme « *une des clés du pouvoir de demain dans un monde numérique* » : ces techniques ont vocation à déterminer « *notre capacité à organiser les connaissances, à leur donner un sens, à augmenter nos facultés de prise de décision et de contrôle des systèmes* » ce qui explique pourquoi, depuis quelques années, on assiste à une véritable « *course à l'intelligence artificielle* » à l'échelle mondiale²⁰⁸. A la bataille industrielle s'ajoute une bataille culturelle qui conduit à se demander « *avec quelles données, et donc à partir de quels schémas culturels, seront éduquées les intelligences artificielles qui joueront un rôle économique et social si déterminant* »²⁰⁹.

Menace pour les équilibres propres à la propriété littéraire et artistique. Le dernier grief à l'encontre de cette proposition a été articulé par des universitaires spécialistes de la propriété intellectuelle. Ceux-ci ont fait valoir que la consécration d'un droit de propriété sur les données en général aurait des effets délétères sur la propriété intellectuelle, non seulement en raison des risques de chevauchement non théoriques entre les deux types de propriété, mais aussi en altérant les systèmes de récompense et d'incitations à l'innovation qu'elle stimule et sur les équilibres entre propriété et libre usage qu'elle intègre. En effet, l'octroi d'un droit de propriété sur de simples données sans autre critère qualitatif pourrait avoir un effet dissuasif sur la création et l'investissement puisqu'il suffirait d'être à la genèse d'un flux de données pour en avoir le contrôle juridique, sans avoir à fournir un quelconque effort. En outre, dans la mesure où ces droits viendraient frontalement s'opposer aux droits de propriété intellectuelle sur des

²⁰⁵ En ce sens, v. l'avis du Conseil national du numérique sur la libre circulation des données dans l'Union européenne, préc.

²⁰⁶ V. S. Chignard et L.-D. Benyayer, *Datanomics, Les nouveaux business models des données*, FYP, 2016, p.15.

²⁰⁷ Sur ce point, v. le rapport de la mission présidée par C. Villani, Donner du sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne, mars 2018, p. 23 & s.

²⁰⁸ Rapport Villani préc., p. 26.

²⁰⁹ H. Verdier, préface in *Les données comme infrastructure essentielle*, rapport de l'administrateur des données sur la donnée dans les administrations, 2016-2017, La documentation française, p. 3.

objets indissociables, ils susciteraient des conflits fréquents auxquels la proposition de la Commission n'apportait aucun remède. Enfin, faute de prévoir des exceptions au mécanisme de même nature que celles qui existent en propriété intellectuelle, comme celle, en cours d'adoption de fouille de textes et données, le droit de propriété sur les données susciterait un déplacement immédiat des revendications des titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins sur ce terrain afin d'éviter qu'on leur oppose les exceptions, ou la non-protection des données brutes en droit d'auteur. Une telle transition s'opérerait au mépris de l'intérêt public que ces mécanismes véhiculent.

La réservation par un contrôle contractuel et technique. L'équilibre fragile entre propriété et usage est également menacé par la jurisprudence *Ryanair* de la Cour de Justice²¹⁰, laquelle a jugé qu'une base de données qui n'est protégée ni par le droit d'auteur, ni par le droit *sui generis*, voit son exploitation encadrée par le seul recours au contrat, à l'exclusion du jeu des exceptions relatives aux bases de données prévues dans la directive 96/9. En l'espèce, les conditions contractuelles d'accès au site de la compagnie aérienne stipulaient qu'il était interdit d'utiliser des « systèmes automatisés » pour « en extraire en des données à des fins commerciales », sauf conclusion d'une licence écrite spécifique, dans laquelle il est donné accès à la partie concernée, uniquement dans un but de comparaison des prix, aux informations de Ryanair sur les prix, vols et horaires. Dans le cadre d'un contentieux homérique opposant la compagnie aérienne aux sociétés développant un moteur de comparaison de prix, le juge néerlandais avait décidé que ladite base n'était protégée ni par le droit d'auteur, faute d'originalité suffisante, ni par le droit *sui generis*, faute de preuve d'un investissement substantiel dans les opérations de réalisation de la base autres que la création des données. Dans sa question préjudicielle, le juge de renvoi demandait toutefois à la Cour si, en dépit de cette absence de protection par un droit de propriété intellectuelle, les garanties offertes à l'utilisateur légitime prévues à l'article 6 de la directive 96/9 du 11 mars 1996 lui permettant de réaliser les actes nécessaires à une telle utilisation et l'article 15 du même texte prohibant toute disposition contractuelle contraire avaient vocation à s'appliquer.

La Cour de justice répondit par la négative, jugeant que la circonstance qu'une base de données réponde à la définition de la directive 96/9 ne permettait pas l'application des dispositions de cette directive si elle ne satisfaisait pas aux conditions de la protection par le droit d'auteur ou du droit *sui generis*. Partant, la CJUE a jugé que la directive 96/9 « ne fait pas obstacle à l'adoption de clauses contractuelles ayant pour objet les conditions d'utilisation d'une telle base de données ». La décision conduit à ce résultat tout à fois logique et paradoxal selon lequel l'absence de revendication d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données permet à celui qui en assure le contrôle de stipuler des conditions contractuelles d'usage moins favorables que celles qu'il aurait pu prévoir s'il avait pu se prévaloir de ces droits. La reconnaissance des droits aux utilisateurs légitimes ne se conçoit que dans l'hypothèse où le titulaire peut opposer un droit exclusif, et non pas lorsqu'il se prévaut seulement de la liberté contractuelle.

Fragilité du domaine public et des droits d'usage. Ainsi la combinaison du contrat et des mesures techniques de contrôle d'accès permet au responsable de la base de données de soumettre l'utilisateur à des conditions d'usage qui ne lui garantissent pas autant de libertés que celles dont il jouit si la base de données est protégée par un droit de propriété littéraire et artistique, notamment en limitant ses capacités d'extraction, même non substantielles, ou encore en interdisant la reprise de données brutes pourtant non protégées. Rétorquer, comme le fait la CJUE, que le responsable de la base jouit dans ce cas d'une protection plus fragile que celle du droit exclusif est partiellement inexact, quand on sait qu'il est possible de poursuivre pénalement l'introduction frauduleuse dans un système automatique de traitement de données. Cette solution démontre, à l'inverse, la précarité de la protection du domaine

²¹⁰ CJUE, 15 janv. 2015, *Ryanair Ltd c/ PR Aviations BV*, aff. C-30/14, *Prop. Intell.*, avril 2015, n° 55, p. 211, obs. C. Bernault.

public²¹¹ et des droits d'usage dont l'opposabilité demeure singulièrement restreinte à l'existence d'un droit exclusif formel mais cède devant le contrat. Certaines juridictions étrangères ont toutefois conclu à l'inopposabilité des clauses contractuelles qui empêcheraient l'usage légitime, même en l'absence de protection légale²¹².

La réactivation du droit *sui generis* ? Le rapport de la Commission européenne relatif à l'évaluation de la directive 96/9 a pointé la relative inadéquation de la protection pour appréhender les nouveaux mécanismes de création de la valeur à partir des données. L'interprétation qui a été donnée du texte par la Cour de Justice dans les arrêts *British Horseracing* et *Football Dataco*²¹³ a sensiblement limité les potentialités de ce droit pour saisir les investissements réalisés dans la création des données, d'une part, et les bases générées automatiquement par des machines, d'autre part. Le rapport souligne toutefois que certaines juridictions nationales avaient développé une approche plus compréhensive de la protection, notamment lors d'une décision du *Bundesgerichtshof* dite *Autobahnmaut*²¹⁴ de 2010, dans laquelle la Cour suprême allemande avait reconnu un droit *sui generis* sur une base de données générée par une machine de péage. Loin de se réjouir de cette possible extension, la Commission juge que le champ d'application du droit tel qu'il a été restreint par la CJUE établit un équilibre satisfaisant entre les intérêts des producteurs et ceux de la libre circulation de l'information. A l'instar des auteurs de l'étude préliminaire Lionel Bentley et Estelle Derclaye, et d'ailleurs de la première évaluation de la directive en 2005, elle ne préconise donc pas une réactivation de la directive, s'inquiétant tout au contraire des conséquences d'un éventuel revirement de jurisprudence à venir de la CJUE.

L'univers numérique voit coexister, et parfois s'affronter, des mouvements en faveur du partage et de la circulation des données et d'autres en faveur de l'affirmation de nouveaux droits de propriété ou d'autres formes de réservation.

Dans le domaine scientifique, le mouvement en faveur de l'accès ouvert a reçu le soutien des pouvoirs publics, qui en font de manière croissante une condition de leurs subventions à la recherche et interdisent aux éditeurs d'empêcher la publication par le chercheur dans une archive ouverte. La combinaison de cette politique d'*open content* ou d'*open knowledge* avec l'exercice des droits des éditeurs aboutit à des situations complexes dans lesquelles, paradoxalement, l'auteur ou les institutions scientifiques se trouvent dans une situation parfois moins favorable que celle qu'offrent les dispositions d'ordre public du code de la propriété intellectuelle à propos du contrat d'édition.

La stratégie définie par l'Union européenne pour la constitution d'un marché unique numérique conduit également à encourager la circulation des données, à travers la reconnaissance, par des instruments juridiques successifs et selon des modalités diverses, de la portabilité des données personnelles, de celle des données à caractère non personnel et enfin de la portabilité transfrontière des contenus numériques. Cette dynamique, qui pour l'instant, ignore les œuvres et objets protégés par les droits de propriété intellectuelle gagnerait à s'y appliquer, permettant aux titulaires de droits de propriété littéraire et artistique de maintenir ou même de

²¹¹ S. Dusollier, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, OMPI, 4 mars 2011, CDIO/7/INF/2, p. 8.

²¹² CA Amsterdam, *Pearson v Bar Software*, 22 novembre 2016. V. Study 2.3.2.

²¹³ CJCE, Grande chambre, 9 novembre 2004, aff. C-203/02 et C-46/02.

²¹⁴ *Autobahnmaut* (BGH) 25 March 2010, I ZR 47/08.

gagner une capacité de maîtrise des données accompagnant l'exploitation des objets protégés, les associant ainsi à l'économie autour de la donnée (*data driven economy*).

La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données, parfois présentée comme une mesure de nature à favoriser leur circulation, soulèverait en revanche de multiples difficultés, notamment dans la définition de son champ et de ses titulaires et dans son articulation avec le droit de la propriété intellectuelle. Les équilibres de ce droit, qui concilie les intérêts du titulaire et ceux des utilisateurs à travers le jeu des exceptions, pourraient être menacés par l'affirmation d'un nouveau droit de propriété sur les données ou par son remplacement par la combinaison d'un contrôle contractuel et technique, dans le sillage de l'arrêt de la Cour de justice *Ryanair* de 2015 ou encore par la réactivation de la directive 96/9 hors du champ d'application restreint dans lequel la Cour l'a assignée depuis 2004.

2^{EME} PARTIE : LES DEFIS DE LA PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE RELATIFS AUX TRAITEMENTS DE MASSE DES FLUX NUMERIQUES

Infiniment grand et infiniment petit. En rapportant des objets complexes à leur plus petite unité de compte, la numérisation autorise des traitements vers l'infiniment petit et l'infiniment grand. Ainsi, à l'aide de cette convention d'écriture, les opérateurs peuvent fractionner un ensemble, de telle manière qu'il perd son identité d'origine mais aussi traiter conjointement un énorme volume d'informations, « *soupe de données*²¹⁵ » susceptible de conduire à une indifférenciation des éléments contenus dans la masse. Enfin, ces opérations se réalisent grâce à une capacité de reproduction à un coût très bas.

Quelle élasticité de la protection ? Le droit de la propriété littéraire se rapporte en principe à des objets déterminés, présentant certaines caractéristiques propres et singulières, ce qui permet au titulaire de contrôler les exploitations qui en sont tirées dans la limite de ce qui est prévu par la loi. Classiquement, il confère à ses titulaires des possibilités de contrôle sur la diffusion publique des objets protégés, ce qui recouvre également certaines opérations préparatoires à cette diffusion, comme la reproduction en nombre de ces objets. La possibilité nouvelle de reprendre des unités très petites de ces objets et/ou d'agréger ces unités dans d'énormes ensembles interroge l'élasticité de la protection. Quelle est la vocation des titulaires à participer à la valeur créée à partir de ces traitements dans lesquels l'objet singulier tend à s'estomper ? Comment articuler les mécanismes du droit exclusif se rapportant à un objet particulier avec la dilution de cet objet dans un flux, de telle sorte qu'il n'en constitue qu'un élément secondaire, ou avec sa réduction à une expression qui ne permet plus d'en identifier la forme originelle ?

Dans cet univers où le singulier et l'unique tendent à s'estomper, la question de l'emprise variable des instruments de la propriété littéraire et artistique sur certaines formes de traitement²¹⁶ des contenus et données se pose dès lors que celles-ci sont susceptibles de reprendre des ensembles - logique d'agrégation ou de flux – ou au contraire des fragments, des segments d'objets protégés - logique d'extraction.

Les défis auxquels sont confrontés les titulaires de droit à raison des usages de masse ou de flux des objets protégés ne sont pas sans précédent mais la reconfiguration majeure des circuits de distribution des contenus numériques appelle des réponses nouvelles. Celles-ci ne se trouvent pas nécessairement au sein du droit de la propriété littéraire et artistique mais dont il est loisible d'étendre les effets à ce domaine (1.). Cette nouvelle donne appelle également à reconsidérer les instruments propres à la propriété littéraire et artistique afin de mieux associer les titulaires de droits à ces nouveaux traitements volumiques et informationnels des œuvres et objets protégés (2.).

2. La reconfiguration nécessaire des relations entre créateurs et « exploitants » à l'ère des données massives

Alors que la possibilité de diffusion par des protocoles décentralisés laissait présager un éclatement et une multiplication des diffuseurs de contenus, c'est un mouvement inverse de centralisation de grosses masses de contenus et de concentration des acteurs qui a prévalu (1.1.). Les modèles économiques de ces derniers se divisent essentiellement en deux selon qu'ils effectuent ces actes de diffusion dans le circuit classique des mécanismes d'autorisation

²¹⁵ Selon l'expression de Maître David Lefranc, lors des auditions conduites par la mission.

²¹⁶ On utilise à dessein ici le terme de « traitement » plus familier dans le droit des données à caractère personnel que dans la propriété intellectuelle mais qui rend mieux compte du caractère protéiforme des opérations engagées à propos des données et contenus numériques que les catégories du droit exclusif renvoyant à l'acte de diffusion.

ou s'en affranchissent au bénéfice d'un régime légal accueillant, créant ainsi de fortes ruptures concurrentielles (1.2.). L'apparition progressive d'une régulation transversale des plateformes (1.3.), l'évolution du régime des prestataires d'hébergement, notamment dans le cadre de la directive DAMUN (1.4.) ainsi que le déploiement du droit de la consommation face aux pratiques de certains infomédiaires (1.5.) témoignent d'un mouvement d'ensemble qui irrigue le droit de la propriété littéraire et artistique et construit les fondements d'un nouvel équilibre.

1.1. De la croyance dans la désintermédiation à l'irrésistible réintermédiation

Internet est d'abord apparu comme un facteur de désintermédiation entre les émetteurs de contenus culturels et leurs consommateurs. A la fin des années 1990 et au début des années 2000, l'essor d'internet a fait croire à un mouvement de désintermédiation entre les émetteurs de contenus culturels et leurs consommateurs, mouvement espéré par les uns et redouté par d'autres. Auparavant, quiconque écrivait un article ou un livre, composait un morceau de musique ou tournait un film ne pouvait espérer toucher le public que par le recours à un ou plusieurs intermédiaires professionnels, que ceux-ci aient la qualité d'éditeur, de producteur ou de distributeur. L'apparition d'internet et des technologies numériques remettait en question ces fonctions, d'une part en raison du coût quasi-nul de la reproduction sur un support numérique, d'autre part par la possibilité de diffusion universelle donnée à tout un chacun.

La création de Napster en 1999, suivie de l'apparition d'autres services de téléchargement de pair-à-pair, a donné corps à cette perspective de diffusion décentralisée. Ces services, lorsqu'ils portaient sur des œuvres dont l'exploitation n'avait pas été autorisée par les titulaires ont été porteurs d'une atteinte massive aux intérêts de ceux qui souhaitaient contrôler la diffusion dans le cadre légal de l'autorisation préalable. Pour autant, certains titulaires de droits ont pu appeler de leurs vœux le développement de nouveaux modes « désintermédiés » de distribution, associés à une juste rémunération. Dans le domaine de l'édition scientifique, les déclarations de Budapest, Bethesda et Berlin de 2002 et 2003 en faveur du libre accès aux publications (cf. *supra*) étaient porteuses de cette logique, la « voie verte » permettant au chercheur de toucher son public par le simple dépôt de son article dans une archive ouverte. Pour la musique, l'idée de « licence globale », se traduisant par la légalisation du partage non marchand des œuvres entre particuliers associée à la mise en place d'une rémunération répartie entre les auteurs, a pu être soutenue par certaines sociétés d'ayants droit comme l'Adami ou la Spedidam, en particulier à l'occasion des débats sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information en 2005-2006.

Toutefois, le cadre légal n'a pas évolué dans cette perspective, le législateur ayant considéré que le mécanisme du droit exclusif ne devait pas être remis en cause par des dispositifs susceptibles, d'une part de plafonner les rémunérations globales versées, et d'autre part de méconnaître la valeur respective des différentes créations en adoptant des systèmes de répartition indifférents au succès des œuvres. Nombre de titulaires de droits y étaient hostiles, préférant conserver un pouvoir de négociation avec les différents services de distribution dont l'éclosion était annoncée.

Loin des attentes initiales, l'accès aux contenus culturels est aujourd'hui dominé par un petit nombre d'intermédiaires, souvent qualifiés de plateformes. Contrairement à ces prévisions initiales, la décennie suivante a bien vu l'apparition de nouveaux intermédiaires qui ont atteint un niveau de concentration inédit. En France, en 2017, les revenus du *streaming* payant sont concentrés à 87 % sur quatre plateformes audios : *Deezer*, *Spotify*, *Napster* et *Apple*²¹⁷, tandis que *YouTube* et *DailyMotion* concentrent l'essentiel des flux du *streaming* gratuit. Au niveau mondial, 125 millions de ménages sont abonnés à Netflix et le regardent en moyenne deux heures par jour, consommant ainsi un cinquième de la bande passante

²¹⁷ *L'économie de la production musicale*, rapport 2017 du SNEP.

d'internet pour ce seul service²¹⁸. La concentration de l'édition scientifique au profit de quatre grandes plateformes a été décrite ci-dessus.

Selon la définition retenue par un nombre croissant de textes de droit positif, **les plateformes peuvent être caractérisées comme des acteurs proposant des services en ligne de classement ou de référencement de contenus, de biens ou de services proposés par des tiers ou de mise en relation en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou du partage d'un contenu.**

Le rôle d'intermédiation des plateformes se caractérise également par le fait qu'elles sont le support ou le mode d'accès à des activités mises en œuvre par des personnes tierces à l'exploitant de la plateforme : vendeurs pour une place de marché, développeurs pour un magasin d'applications ou une console de jeux vidéo, éditeurs de site internet pour les moteurs de recherche, etc. Une plateforme est d'autant plus attractive qu'un grand nombre d'entreprises y proposent leurs services. A cette fin, les plateformes donnent souvent accès à leurs ressources numériques (données, ressources logicielles, puissance de calcul) à des tiers, au moyen « d'interfaces de programmation d'application » (Application Programming Interfaces ou API).

Une dynamique de concentration inhérente à l'économie numérique. Trois facteurs peuvent être mis en avant pour expliquer la tendance à la réintermédiation par les distributeurs et à leur concentration :

- Tout d'abord, **la profusion des contenus accessibles en ligne crée par elle-même le besoin de services de classement et de référencement** permettant aux internautes de les identifier et d'y trouver ce qui correspond à leurs goûts. Du moteur de recherche aux *playlists* proposées par les sites de *streaming* en passant par les algorithmes de recommandation, le succès des acteurs mentionnés ci-dessus repose souvent sur ce type de services ;
- **Ces services sont d'autant plus performants qu'ils sont personnalisés, ce qui passe par l'exploitation des données personnelles au travers d'algorithmes.** La connaissance des goûts des utilisateurs est un élément déterminant des nouvelles formes de compétition économique, notamment par l'utilisation des corrélations entre leurs préférences (algorithmes dits de « filtrage collaboratif »²¹⁹). Ceci confère un rôle central aux acteurs capables de collecter ces données et de concevoir les algorithmes ;
- La concentration est accrue par le jeu des effets de réseau. On parle en économie d'effet de réseau lorsque la satisfaction d'un utilisateur croît avec le nombre d'utilisateurs du service. **Les effets de réseau sont ici générés par l'avantage tiré de la profondeur des catalogues (plus le nombre de contenus auxquels la plateforme donne accès est grand, plus le service est attractif)**, au caractère biface des marchés (une plateforme a deux types d'utilisateurs, les émetteurs de contenus culturels et leurs utilisateurs ; plus le nombre d'utilisateurs d'une face est important, plus la satisfaction des utilisateurs de l'autre face est importante) et au rôle joué par la collecte des données personnelles (plus une plateforme a d'utilisateurs, plus la base de données personnelles dont elle dispose est vaste et plus les algorithmes qu'elle conçoit sont performants).

L'émergence des plateformes n'a pas fait disparaître les intermédiaires traditionnels. Certaines de ces plateformes interviennent d'ailleurs elles-mêmes dans la production et

²¹⁸ « The tech giant everyone is watching », *The Economist*, 30 juin 2018.

²¹⁹ Un utilisateur ayant acheté un article se verra recommander d'autres articles appréciés par des utilisateurs ayant acheté le même article que lui.

l'édition des contenus, tandis que des intermédiaires traditionnels développent des services analogues à ceux des plateformes. Cependant, il est indéniable que les plateformes ont déstabilisé l'économie de la distribution des contenus culturels, notamment en occupant le dernier maillon de la chaîne de valeur, celui de la connexion avec l'utilisateur.

3.2. Les acteurs donnant accès aux « contenus » reposent en réalité sur une pluralité de modèles économiques et juridiques

Différentes catégories d'acteurs de la distribution numérique. Si l'essor des plateformes découle de facteurs explicatifs communs qui viennent d'être exposés, elles reposent sur une pluralité de modèles économiques et juridiques. Deux grandes catégories de plateformes donnant accès à des contenus numériques peuvent être distinguées : les plateformes qui sont titulaires de droits de propriété intellectuelle en vertu d'une cession directe ou indirecte par les auteurs ou les autres ayants droit et celles qui assurent leur fonction d'intermédiation sans être titulaires de droit.

Première catégorie, les plateformes titulaires de droits. Dans la première catégorie, certaines plateformes ont la qualité d'éditeur tant au sens du droit de la propriété intellectuelle que du droit de la presse. Au sens du droit de la propriété intellectuelle, l'éditeur est la personne à laquelle le droit de réaliser des exemplaires de l'œuvre a été cédé par l'auteur, à charge pour elle d'en assurer la publication et la diffusion²²⁰. Au sens du droit de la presse, l'éditeur est celui qui assume en premier lieu la responsabilité de la publication, dans le cadre de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse comme dans celui de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Les plateformes d'édition scientifique sont des éditeurs : elles assurent et assument la publication des articles des chercheurs dans leurs revues. Il s'agit ici d'acteurs « traditionnels » (Springer a été fondé en 1842, Elsevier en 1880) qui ont su faire évoluer leur métier pour entrer dans une logique de plateformes, en se positionnant comme intermédiaires entre les sociétés savantes et les lecteurs²²¹ et en développant des services numériques utiles aux chercheurs (fonctions avancées de recherche, veille, cahiers de laboratoires, etc.).

Selon un schéma voisin, d'autres acteurs se positionnent comme des acheteurs de droits. Les services licites de *streaming* procèdent par des accords avec les organismes de gestion collective, pour la musique comme pour l'audiovisuel. A la différence des plateformes d'édition, ces services n'ont que de manière marginale des relations directes avec les auteurs ou les titulaires de droits voisins : s'ils exploitent des droits de propriété intellectuelle, c'est en vertu d'une relation indirecte, procédant de l'autorisation de gestion des droits donnée par l'auteur ou le titulaire de droits voisins à l'organisme de gestion collective, suivie par un accord relatif à l'exploitation entre cet organisme sur le répertoire qu'elle gère et la société exploitant le service de *streaming*²²². **Les deux modèles ont cependant en commun d'être fondés sur la course à la taille (il est décisif dans la compétition d'offrir la plus grande « profondeur de catalogue » possible, que celui-ci soit constitué de revues scientifiques, de films ou de morceaux de musique) et le fait d'être positionné sur le dernier maillon de la chaîne de valeur, celui qui assure la relation directe avec l'utilisateur final et de ce fait, la collecte de ses données.**

²²⁰ Article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle.

²²¹ Les sociétés savantes concluent avec ces plateformes des accords dits « d'affermage », qui les autorisent à exploiter leurs revues en échange du versement de royalties. Les sociétés savantes concluent ce type d'accords car les royalties sont d'un montant supérieur aux revenus qu'elles percevaient en gérant elles-mêmes leurs publications.

²²² Ou en vertu de l'extension de la licence légale à ce type de diffusion, s'agissant des droits voisins des producteurs de phonogrammes et des artistes interprètes.

Dans une logique d'intégration verticale, certaines de ces sociétés développent également des activités de production, au sens entendu par le code de la propriété intellectuelle²²³. *Netflix* a annoncé pour l'année 2018 des dépenses de production de films ou de séries de 12 à 13 milliards de dollars, bien davantage que les plus grands producteurs « traditionnels » de contenus que sont les grands studios hollywoodiens ou les principales chaînes de télévision²²⁴. De leur côté, les chaînes de télévision se développent elles aussi sur les marchés de la diffusion en vidéo à la demande, notamment en *streaming*.

Seconde catégorie, les « purs » intermédiaires. La seconde catégorie de plateformes recouvre des services jouant un rôle de pure intermédiation, sans que leur exploitant ne dispose lui-même de droits de propriété intellectuelle. Il s'agit notamment des moteurs de recherche (qui sont souvent le premier service auquel recourt l'internaute lorsqu'il recherche un contenu culturel) et des sites de partage de contenus générés par les utilisateurs. Des réseaux sociaux peuvent également jouer de fait un tel rôle.

Une diffusion d'œuvres sans titre à le faire en droit de propriété intellectuelle, qui pose question. Le fait de donner accès à des œuvres ou à d'autres contenus protégés sans requérir d'autorisation suscite d'abondantes controverses. S'agissant des moteurs de recherche, la CJUE a jugé que le fait de renvoyer par un lien hypertexte à une œuvre déjà accessible sans restriction sur internet n'était pas un acte de communication au public²²⁵. Cette jurisprudence, protectrice de la liberté de créer des liens entre les sites internet qui est au cœur de l'architecture du web et du modèle économique des moteurs de recherche, a pu être critiquée par un précédent rapport du CSPLA en raison de son éloignement des textes que la CJUE avait pour mission d'interpréter²²⁶. Depuis lors, la CJUE a précisé son approche, confirmant la non-application du droit exclusif au lien lorsque ce dernier est réalisé par une personne agissant à but non lucratif, tout en mettant en exergue la responsabilité du poseur de liens agissant à but lucratif lorsqu'il pointe vers un contenu contrefaisant²²⁷.

S'agissant des sites de partage de contenus, leur activité s'est abritée derrière le régime de responsabilité aménagée des intermédiaires techniques prévu par la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, son idée directrice étant que seule la personne ayant mis en ligne une œuvre ou un autre contenu protégé engage sa responsabilité, le site de partage qui y donne accès étant seulement tenu de retirer les contenus contrefaisants lorsque leur existence lui est notifiée. Ce régime de responsabilité limitée est aujourd'hui en discussion (cf. *infra* II.3.4).

Alors que leur modèle ne leur donnait *a priori* pas vocation à nouer des accords avec les titulaires de droits, de grandes plateformes de la seconde catégorie ont conclu au cours des dernières années des conventions avec des organismes de gestion collective, dont le principal objet est de mettre en œuvre des systèmes de reconnaissance automatique des contenus. Sur la base des contenus ou de leurs « empreintes » qui lui sont communiquées par les ayants droit, la plateforme procède à une vérification automatique de l'ensemble des contenus mis en ligne. Lorsqu'un contenu identique est repéré, l'ayant droit a le choix entre l'obtention de son retrait, de statistiques sur son utilisation ou d'une part des recettes publicitaires générées par sa consultation (option qui est souvent qualifiée de « monétisation »). Ces outils, aujourd'hui mis en place sur une base volontaire, ont pris une grande importance en pratique : selon *Google*, 98 % des litiges liés au droit d'auteur sur la plateforme *YouTube* seraient traités par

²²³ Articles L. 213-1 et L. 215-1 de ce code.

²²⁴ *The Economist*, *ibid*.

²²⁵ Cf. notamment CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV e.a.*, aff. C-160/15.

²²⁶ CSPLA, P. Sirinelli, J.-A. Benazeraf et A. Bensamoun, *Mission droit de communication au public*, janvier 2017.

²²⁷ CJUE, 14 juin 2017 *Stichting Brein contre Ziggo BV et XS4ALL Internet BV*, aff. C-610/15.

l'intermédiaire de son outil de reconnaissance automatique Content ID, contre seulement 2 % par la procédure légalement obligatoire de « notification et retrait »²²⁸.

La coexistence de deux modèles juridiques sur un même marché. Le fait que les deux catégories de plateformes concluent des accords avec les ayants droit ne doit pas abuser sur les différences entre ces conventions, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique. Pour la première catégorie, il s'agit d'accords de cession régis par le code de la propriété intellectuelle, qui donnent lieu à la rémunération de droits d'auteur ou de droits voisins ; pour la seconde, de conventions donnant lieu au partage de données ou de recettes publicitaires, qui ne sont pas sans laisser penser à des transactions, l'ayant droit renonçant à engager l'action en retrait qui lui est légalement ouverte. Les revenus générés pour les ayants droit par la seconde catégorie sont bien inférieurs à ceux de la première, en valeur absolue et en proportion des usages : si *YouTube* est aujourd'hui l'un des premiers moyens de consultation de contenus audiovisuels, il se place loin derrière les grands sites de *streaming* payants en termes de proportion de revenus générés. De même, alors que certains agrégateurs de presse passent des accords avec les éditeurs avec une contrepartie monétaire, les moteurs de recherche ou les réseaux sociaux jouent un rôle en partie analogue sans disposer de droits et sans transferts monétaires directs²²⁹. Coexistent ainsi sur un même marché, celui de la diffusion des contenus numériques, des plateformes aux modèles économiques et juridiques distincts, associant de manière inégale les ayants droit aux revenus générés.

3.3. Une entrée progressive des plateformes dans le droit positif

Une entrée rapide dans de nombreux textes de droit positif depuis 2015. Comme les « contenus numériques », les « plateformes » ont été une réalité avant d'entrer dans le droit positif. Sur la base de travaux du Conseil national du numérique²³⁰ et du Conseil d'Etat²³¹, elles ont cependant rapidement trouvé leur place entre 2015 et 2016 dans les domaines du droit de la consommation, du droit fiscal et du droit du travail. Bien que les objectifs de ces législations soient variés, une certaine cohérence des définitions se manifeste.

Le droit de la consommation est le premier à accueillir la notion de plateforme, en vue d'imposer à ces acteurs un principe de loyauté. Selon la définition proposée par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2014, la loyauté consiste « à assurer de bonne foi le service de classement ou de référencement, sans chercher à l'altérer ou à le détourner à des fins étrangères à l'intérêt des utilisateurs ». La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques introduit une première définition des plateformes et des obligations auxquelles elles sont soumises, complétées par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Les dispositions qui figurent aujourd'hui à l'article L. 111-7 du code de la consommation définissent les plateformes comme « toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ». Le code de la consommation leur impose des obligations de transparence, notamment sur les critères de classement, de référencement et de déréférencement, et la définition de bonnes pratiques en la matière.

²²⁸ CSPLA, O. Japiot et L. Durand-Viel, *La protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques : les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites*, décembre 2017.

²²⁹ Même s'il peut être argué qu'ils apportent du trafic et donc indirectement des revenus.

²³⁰ CNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique soutenable*, mai 2014.

²³¹ Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014*, septembre 2014.

Des définitions cohérentes en droit français. Le droit fiscal et le droit du travail s'appuient sur des définitions voisines. La loi de finances pour 2016 impose aux entreprises qui « *mettent en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service* » de fournir à leurs utilisateurs une information claire sur leurs obligations fiscales et sociales²³². On retrouve ici la seconde catégorie définie par le code de la consommation. La loi du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels s'applique aux plateformes telles que définies par le code général des impôts, lorsqu'elles définissent le prix et les caractéristiques du service proposé par les travailleurs indépendants via leur intermédiaire²³³, et leur impose des obligations relevant de leur « responsabilité sociale » (respect de la liberté syndicale et du droit de grève, prise en charge de la formation professionnelle et des accidents du travail)²³⁴.

La consécration de la notion de plateformes et de leur obligation de loyauté au niveau de l'Union européenne. En droit de l'Union européenne, la notion de plateformes a fait son apparition dans une proposition de règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, adoptée par la Commission européenne le 26 avril 2018²³⁵. A la différence de la loi française, qui traite des relations entre les plateformes et les consommateurs (*platform-to-consumer* ou « P2C »), la proposition de règlement traite des relations entre les plateformes, dénommées « *services d'intermédiation* », et les entreprises utilisatrices (*platform-to-business* ou « P2B »). Ceci peut s'expliquer par le fait que la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique permet aux Etats membres d'imposer des obligations justifiées par la protection des consommateurs à des entreprises fournissant des services de la société de l'information établies dans d'autres Etats membres, alors qu'elle ne leur laisse aucune marge de manœuvre quant aux relations entre entreprises.

La définition des services d'intermédiation donnée par la proposition de directive est très proche de la seconde catégorie définie par l'article L. 111-7 du code de la consommation français ; le règlement couvre en outre les moteurs de recherche, qui relèvent de la première catégorie définie par cet article. Les obligations imposées par la proposition de règlement ont notamment trait à la transparence des conditions de classement et de déréférencement : les conditions d'utilisation doivent être claires et définir avec précision les motifs de suspension et de résiliation ; un préavis raisonnable doit être respecté avant toute modification de ces conditions ; les décisions de suspension et de résiliation doivent être motivées ; les principaux paramètres déterminant le classement doivent être accessibles. Ces règles rejoignent donc le principe de loyauté prévu en droit français, même si le règlement n'emploie pas ce terme.

Le domaine de la propriété littéraire et artistique est concerné par les dispositions transversales du code de la consommation et le serait par celles du règlement s'il était adopté. Les plateformes de partage de contenus, les moteurs de recherche ou les places de marché doivent appliquer les règles de transparence sur les critères de classement et de déréférencement des contenus qu'elles utilisent²³⁶. Les entreprises culturelles pourraient bénéficier du rééquilibrage de leurs relations avec les grandes plateformes induit par le règlement.

²³² Article 242 *bis* du code général des impôts, qui figure dans une subdivision intitulée « *Information de leurs utilisateurs par les plates-formes de mise en relation par voie électronique* ».

²³³ Il s'agit par exemple de plateformes proposant des services de transport de personnes (Uber, Chauffeur Privé, etc) ou de livraison de repas (Deliveroo, Foodora, etc).

²³⁴ Articles L. 7341-1 à L. 7342-6 du code du travail.

²³⁵ 2018/0112 (COD).

²³⁶ Ces dispositions étant entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018, il est encore un peu tôt pour juger de leur bonne application.

3.4. Un régime d'exemption de responsabilité sous couvert de la qualification d'hébergeur, en voie d'évolution

Toutes ces dispositions relatives aux plateformes ne sont pas apparues dans le droit positif pour le seul plaisir doctrinal de les définir. L'histoire du droit des plateformes est celle du basculement d'un régime de responsabilité limitée, longtemps (à l'échelle de l'histoire d'internet) considéré comme inexpugnable, à l'essor d'une multitude de réglementations définissant progressivement les contours d'une responsabilité des plateformes, distincte de celle de l'éditeur mais néanmoins substantielle.

Le régime d'exemption de responsabilité de la directive commerce électronique. La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique définit la catégorie des « prestataires intermédiaires », qui comprend le simple transport d'informations, le stockage temporaire dit « caching » et l'hébergement. Tous ces prestataires bénéficient d'un régime de responsabilité limitée. S'agissant en particulier de l'hébergement, défini comme la « *fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service* », l'article 14 les exempte de responsabilité au titre des informations stockées à la demande d'un destinataire, à condition qu'ils n'aient pas connaissance de l'activité ou de l'information illicites et qu'ils agissent promptement pour retirer les informations ou les rendre inaccessibles dès le moment où ils acquièrent une telle connaissance. L'article 15 interdit en outre aux Etats membres, pour l'ensemble des prestataires techniques, de leur imposer des obligations de surveillance générale.

Des contentieux sur la qualification des services du « web 2.0 », qui confirment pour la plupart leur qualité d'hébergeur. Les auteurs de la directive ne pouvaient connaître à l'époque que l'activité d'hébergement au sens strict, qui consiste à offrir des espaces de stockage pour des fichiers afin que ceux-ci soient consultables sur internet. La question de savoir si les moteurs de recherche et les services relevant du « web 2.0 » (réseaux sociaux, sites de partage de contenus, places de marché) pouvaient se prévaloir de la qualification d'hébergeur a animé depuis lors le débat contentieux. La CJUE en a fixé le cadre par deux arrêts de grande chambre²³⁷ relatifs à la recherche sponsorisée de Google (service Adwords) et aux places de marché comme *eBay*. S'agissant de la recherche sponsorisée, alors que l'avocat général M. Poiares Maduro considérait que la société *Google* ne pouvait être regardée comme ayant un rôle « *purement technique, automatique et passif* »²³⁸ puisqu'elle promouvait des résultats en fonction de relations commerciales avec les annonceurs, la CJUE a jugé que « *la seule circonstance que le service de référencement soit payant, que Google fixe les modalités de rémunération (...) ne saurait avoir pour effet de priver Google des dérogations en matière de responsabilité prévues par la directive 2000/31* » et qu'était « *en revanche pertinent (...) le rôle joué par Google dans la rédaction du message commercial accompagnant le lien promotionnel ou dans l'établissement ou la sélection des mots clés* » (§ 116 et 118).

S'agissant des places de marché, elle a jugé que lorsque l'exploitant « *a prêté une assistance laquelle a notamment consisté à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres, il y a lieu de considérer qu'il a non pas occupé une position neutre entre le client vendeur concerné et les acheteurs potentiels, mais joué un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance ou un contrôle des données relatives à ces offres* », le privant du bénéfice de l'exemption de responsabilité (§ 116). Dans les deux arrêts, elle a renvoyé aux juridictions nationales le soin d'appliquer ces règles au cas par cas.

²³⁷ CJUE, Grande chambre, 23 mars 2010, *Google France SARL et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier*, aff. C-236/08 ; CJUE, Grande chambre, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres c/ eBay International AG et autres*, aff. C-324/09.

²³⁸ Selon les termes du considérant 42 de la directive.

Ceci a conduit les juges français à confirmer la qualification d'hébergeur pour le service *Adwords*²³⁹ et pour les sites de partage de contenus *Youtube*²⁴⁰ et *Dailymotion*²⁴¹. Seules les places de marché ont connu un sort différent, la Cour de cassation ayant confirmé que la place de marché *eBay* ne pouvait s'en prévaloir, en reprenant le critère donné par la CJUE²⁴². Comme le résume la mission du CSPLA sur les outils de reconnaissance des œuvres sur les plateformes en ligne, « *lorsque sont apparues des plateformes permettant aux utilisateurs de mettre en ligne eux-mêmes des contenus, en les rendant accessibles au grand public ou à des groupes d'utilisateurs, la jurisprudence a retenu une acception large du concept de stockage ou d'hébergement* ²⁴³ ».

Vers des tempéraments au régime d'exemption de responsabilité. Ce n'est donc pas par la réduction du champ d'application du régime d'hébergeur qu'est passée la responsabilisation des plateformes, mais par des aménagements à celui-ci. Confrontés à la large diffusion sur celles-ci non seulement de contenus contrefaisants mais aussi de contenus haineux, incitant au terrorisme ou à caractère pédopornographique, ou encore tendant à influencer les résultats d'une élection, les pouvoirs publics nationaux et européens n'ont pu se contenter du système de « notification et retrait » qui découle de la directive du 8 juin 2000. Celui-ci ne permet en effet qu'une réponse ponctuelle et après coup, alors que la diffusion de ces contenus peut être « virale » et causer des préjudices importants.

La Commission européenne a adopté une recommandation le 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne²⁴⁴. Une première partie est consacrée au traitement des notifications et demeure ainsi dans la logique de la directive du 8 juin 2000, tout en apportant des précisions pratiques. De manière plus innovante, la Commission recommande aussi aux prestataires de services d'hébergement de mettre en place des « *mesures proactives* », comportant le recours à des procédés automatisés de détection de contenus illicites. La Commission a annoncé que si les principales plateformes ne prenaient pas de manière volontaire des mesures satisfaisantes, elle envisagerait des propositions de nature contraignantes. Cette perspective a de nouveau été évoquée, le *Financial Times* se faisant l'écho d'un avant-projet de texte prévoyant des sanctions financières pouvant aller jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial²⁴⁵.

Comme la recommandation le rappelle, de telles mesures contraignantes sont déjà en cours de discussion dans le cadre des directives sur les services de médias audiovisuels et sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique. S'agissant de cette dernière directive, la proposition de la Commission prévoyait que les plateformes de partage de contenus devaient prendre des mesures, « *telles que le recours à des techniques efficaces de reconnaissance des contenus* », en coopération avec les titulaires de droits, destinées à empêcher la mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés. Elle ne précisait pas l'articulation avec la directive du 8 juin 2000, alors que l'obligation de prendre de telles mesures était susceptible d'entrer en contradiction avec l'interdiction des obligations de surveillance générale prévue par l'article 15 de ce texte, ni ne prenait position sur la qualification d'actes de communication au public en cas de mise à disposition d'une œuvre sur la plateforme.

L'application directe du droit exclusif à la plateforme. Tant le mandat de négociation adopté par le Conseil le 25 mai que le texte voté par le Parlement européen le 12 septembre

²³⁹ CA Paris, 9 avril 2014, *Google France Inc. et Ireland c/ Voyageurs du monde et Terres d'aventures*.

²⁴⁰ TGI Paris, 29 mai 2012, *SA TFI et autres c/ Société Youtube LLC*, n° 10/11205 ; TGI Paris, 29 janvier 2015, *SARL Kare Productions et SARL Delante Films c/ Société Youtube LLC et SARL Google France*, n° 13/09290, au sujet de la diffusion sur Youtube du film « Le nom des gens ».

²⁴¹ Civ. 1^{re}, 17 février 2011, n° 09-67896.

²⁴² Com., 3 mai 2012, n° 11-10.508.

²⁴³ O. Japiot et L. Durand-Viel, *La protection du droit d'auteur sur les plateformes numériques : les outils existants, les bonnes pratiques et leurs limites*, rapport présenté au CSPLA, décembre 2017.

²⁴⁴ C (2018) 1177 final.

²⁴⁵ *Financial Times*, « Brussels to act against tech groups over terror content », 19 août 2018.

2018 rompent avec cette ambiguïté. **Il est expressément prévu que les plateformes de partage de contenus en ligne réalisent des actes de communication au public.** Le considérant 37 bis du texte du Parlement européen explique bien le raisonnement sous-jacent : « *La définition du prestataire de services de partage de contenus en ligne englobe, au sens de la présente directive, les prestataires de services de la société de l'information dont l'un des objectifs principaux consiste à stocker, à mettre à la disposition du public ou à diffuser un grand nombre de contenus protégés par le droit d'auteur chargés ou rendus publics par leurs utilisateurs, et qui optimisent les contenus et font la promotion dans un but lucratif des œuvres et autres objets chargés, notamment en les affichant, en les affectant de balises, en les gérant et en les séquençant, indépendamment des moyens utilisés à cette fin, et jouent donc un rôle actif. Par conséquent, ils ne peuvent se prévaloir de l'exemption de responsabilité prévue à l'article 14 de la directive 2000/31/CE.* ». La plateforme n'est plus appréhendée comme un simple intermédiaire entre des individus assumant seuls la responsabilité de la mise en ligne, mais comme l'organisatrice et la bénéficiaire du service.

En conséquence, les plateformes doivent conclure des accords de licence avec les titulaires de droit. Si elles ne le font pas parce que les titulaires ne le souhaitent pas, elles sont du moins tenues de coopérer avec eux et de prendre des mesures effectives et proportionnées afin d'éviter que des œuvres et des objets protégés ne soient mis en ligne sans leur autorisation. Sans prévoir explicitement l'adoption de systèmes automatiques de reconnaissance des contenus, les textes en cours de discussion y invitent fortement. Des exceptions sont prévues en faveur des plateformes à but non lucratif et des PME. Par ailleurs, les deux textes soulignent que les plateformes doivent veiller à ne pas empêcher la mise à disposition de contenus conformes au droit d'auteur, notamment dans le cadre des exceptions.

L'article 13 de la directive DAMUN n'entraînera peut-être pas dans l'immédiat de changements pratiques considérables, la coopération qu'il impose entre les titulaires de droits et les plateformes ayant déjà été mise en place sur une base volontaire par la principale d'entre eux. **Sur le plan des principes, il s'agit cependant d'un revirement considérable, rompant avec la vision des plateformes comme de simples intermédiaires qui avait prévalu depuis près de vingt ans.**

Une pression politique qui ne se dément en faveur d'une plus grande responsabilité des plateformes. Au-delà de ces textes en cours de discussion, la prochaine législature pourrait être marquée par des évolutions plus importantes concernant la régulation des plateformes. Dans une tribune publiée dans le journal *Les Echos*, la commissaire européenne à l'économie et à la société numériques Mariya Gabriel et le secrétaire d'Etat français au numérique Mounir Mahjoubi ont appelé à ce que l'Europe « *se dote de moyens plus importants pour anticiper, penser et intervenir dans la sphère des plates-formes et accéder en temps réel à leurs activités et opérations* » et « *explore la perspective d'une supervision qui s'inspirerait des cadres réglementaires existants pour les infrastructures critiques ou les institutions financières d'importance systémique* »²⁴⁶. Les grandes plateformes elles-mêmes semblent plus enclines à reconnaître leur responsabilité, conscientes qu'il en va de l'acceptabilité sociale et politique de leur rôle. Lors de son audition par le Congrès américain à la suite de l'affaire Cambridge Analytica, le PDG de Facebook Marc Zuckerberg a ainsi déclaré qu'il était « *d'accord sur le fait que nous sommes responsables du contenu* ».

En France, un rapport récemment remis au Premier ministre sur la lutte contre le racisme et l'antisémitisme sur internet²⁴⁷ préconise de renforcer les obligations des hébergeurs, en imposant un délai maximal de 24 heures pour le retrait des contenus manifestement illicites,

²⁴⁶ M. Gabriel et M. Mahjoubi, « Pour une régulation européenne des plateformes numériques », *Les Echos*, 25 avril 2018.

²⁴⁷ K. Amellal, L. Avia et G. Taïeb, *Renforcer la lutte contre le racisme et l'antisémitisme sur internet*, septembre 2018.

et de créer un nouveau statut « *d'accélérateur de contenus* » assorti d'obligations renforcées pour les réseaux sociaux et les moteurs de recherche les plus importants. Il invite à s'inspirer de la loi allemande sur les réseaux sociaux entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, dite *NetzDG*²⁴⁸, qui a considérablement renforcé les sanctions financières infligées aux réseaux sociaux ne s'acquittant pas de leurs obligations de retrait des contenus illicites. Le rapport invite à faire évoluer le droit de l'Union européenne, sans en faire un préalable à la modification du droit français. Il est vrai que la lutte contre l'incitation à la haine fait partie des motifs permettant aux États, selon la directive « commerce électronique », d'imposer des règles encadrant l'exercice de l'activité aux prestataires établis dans d'autres États membres²⁴⁹. Cette contribution s'inscrit dans un mouvement plus général de responsabilisation des plateformes dont le droit de la propriété littéraire et artistique est partie prenante.

3.5. Le rééquilibrage des asymétries dans les réseaux sociaux à propos des contenus générés par les utilisateurs (UGC)

L'exemple des réseaux sociaux. Comme en atteste le destin du principe de loyauté des plateformes, le droit de la consommation constitue un autre levier susceptible d'être actionné pour réduire les déséquilibres potentiels liés à la situation stratégique de ces dernières. Les réseaux sociaux se nourrissent des contenus générés ou relayés par leurs utilisateurs. Il s'agit même d'un élément essentiel de leur définition dans la mesure où ces plateformes en ligne, sources d'échange et de dialogue, « *permettent à des personnalités de créer des réseaux d'utilisateurs partageant des intérêts communs* » en offrant à leurs usagers la possibilité de se constituer un profil afin de mettre en ligne et échanger différents contenus - photographies, chroniques ou commentaires, morceaux de musique, vidéos ou liens vers d'autres sites – grâce à des outils d'interaction²⁵⁰. Ce sont ces contenus ainsi que leur « mise en données » qui garantissent l'existence du réseau reposant sur ces échanges, en exerçant un fort pouvoir d'attraction.

Trois éléments paraissent ainsi ressortir des usages de contenus couverts par un droit de propriété intellectuelle dans le cadre des réseaux sociaux. Tout d'abord, un renouvellement du rôle du public destinataire et désormais source du contenu protégé, que l'on qualifie alors d'« utilisateur »²⁵¹ afin d'en souligner la démarche active tant concernant l'usage qu'il fait de l'outil technique – le réseau social – que s'agissant de son rapport, que l'on pourrait qualifier de « conversationnel », avec les contenus que cet outil permet de diffuser. Ensuite, l'interactivité qui caractérise les réseaux sociaux, outils emblématiques du Web 2.0, et plus généralement désormais de cette nouvelle économie guidée par les données reposant sur la valorisation des échanges entre utilisateurs des réseaux sociaux. Enfin, l'évolution du statut même de l'utilisateur dont les usages, teintés d'une sympathique convivialité, interrogent leur finalité apparemment non commerciale alors que le modèle des réseaux sociaux se professionnalise sous l'effet de leur succès croissant.

CGU et licence de propriété intellectuelle : une stipulation nécessaire mais déséquilibrée. Dans ce contexte, les conditions générales d'utilisation (CGU) des principaux fournisseurs de service de réseautage social stipulent que l'utilisateur consent au fournisseur du service une licence d'utilisation non exclusive, mondiale, gratuite, transférable et sous-

²⁴⁸ « *Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* », littéralement « *loi visant à renforcer l'application de la loi sur les réseaux sociaux* ».

²⁴⁹ Article 3.4.

²⁵⁰ Groupe de l'article 29 sur la protection des données, avis 5/2009 sur les réseaux sociaux en ligne, 12 juin 2009, 01189/09/FR, p.4-5 – V. également L. Pailler, *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, Larcier 2012, p. 17 ou encore V. Nior, *Le réseau social : essai d'identification et de qualification*, in *Droit et réseaux sociaux*, dir. V. Nior, Lextenso – Lejep, 2015, p. 7, spéc. p. 14&s.

²⁵¹ En ce sens, P. Léger, *La recherche d'un statut de l'œuvre transformatrice. Contribution à l'étude de l'œuvre composite en droit d'auteur*, LGDJ 2018, n°3, V. Rapport sur les œuvres transformatives, CSPLA, 2014, V.-L. Benabou et F. Langrogné.

licenciable qui vise à assurer le fonctionnement du site, et à rendre ainsi licites la mise en ligne du contenu, son éventuelle modification pour son adaptation numérique ou encore, notamment, le partage de ce contenu avec les autres membres du réseau. Autant d'opérations que l'utilisateur-auteur doit autoriser au titre des droits de reproduction et de représentation dont il est titulaire dès lors que le contenu est protégé par le livre I du code de la propriété intellectuelle. Au-delà, le fournisseur du service peut également manifester sa volonté de se voir consentir un droit d'exploitation à d'autres fins que le strict fonctionnement technique du réseau, tout particulièrement afin d'organiser la valorisation de ces contenus au moyen notamment de sous-licences concédées à ses partenaires commerciaux. S'agissant des clauses comprises dans la licence de propriété intellectuelle, celles-ci paraissent parfois organiser une forte asymétrie entre les droits et obligations du fournisseur du service et ceux de l'utilisateur-créateur de contenu, parfois jusqu'à remettre en cause l'effectivité du droit exclusif de ce dernier.

Applicabilité du droit de la consommation. A titre préliminaire, il convient de souligner que l'applicabilité de cet autre corps de règles *in favorem* ne fait désormais plus de doute. Tout d'abord, cette application s'opère dans la mesure où l'auteur des contenus postés sur le réseau social se voit reconnaître la qualité de consommateur dès lors qu'il fait un usage du service strictement personnel²⁵² ou un usage mixte à l'occasion duquel l'utilisation professionnelle demeure marginale²⁵³ ; peu importe à ce titre que l'utilisateur participe au contenu²⁵⁴ voire qu'il ait une expertise particulièrement s'agissant du fonctionnement du service²⁵⁵. Le fournisseur du service peut en outre être qualifié de professionnel alors qu'il présente le service fourni comme « gratuit », à condition qu'il tire profit de son activité en collectant des données déposées gratuitement par l'utilisateur à l'occasion de son accès à la plateforme et en les commercialisant à titre onéreux²⁵⁶.

Intérêt de convoquer le droit de la consommation : juridiction compétente et loi applicable. L'application du droit de la consommation peut recouvrir différentes utilités. Il s'agit tout d'abord d'écarter l'application des clauses stipulées dans les CGU des fournisseurs de services de réseaux sociaux dès lors que celles-ci retiennent la compétence d'une juridiction ou l'application d'une loi étrangères²⁵⁷. C'est ainsi que la cour d'appel de Paris a pu déduire du règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles 1 » la compétence de la juridiction du domicile du consommateur et retenir que la clause est réputée non écrite au visa des articles L. 132-1 et R. 132-2 du code de la consommation, en raison du déséquilibre significatif qu'elle génère entre les droits et obligations des parties et de l'entrave sérieuse qu'elle crée pour un utilisateur français à l'exercice d'une action en justice²⁵⁸. Depuis l'entrée en application du règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 dit « Bruxelles 1 bis », il résulte de son article

²⁵² CA Paris 12 févr. 2016, n° 15/08624 : *D.* 2016. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *Comm. com. électr.* 2016, comm. 33, obs. G. Loiseau et étude 12, note F. Mailhé ; *RTD civ.* 2016. 310, obs. L. Usunier ; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 214, obs. S. André et C. Lallemand.

²⁵³ CJUE 25 janvier 2018, aff. C-498/16, *Schrems c/ Facebook*, pt. 38 : *Comm. com. électr.* 2018, comm. 19, obs. G. Loiseau ; *Dalloz IP_IT* 2018. 371, note M. Combet ; *AJ contrat* 2018.124, note V. Pironon ; *Rev. Procédures* 2018, comm. 80, obs. C. Nourissat ; *D.* 2018. 966, S. Clavel et F. Jault-Seseke et 1033, B. Fauvarque-Cosson et W. Maxwell ou encore F. Jault Seseke et C. Zolynski, « Schrems II : Accès au juge en matière de protection des données, une solution en demi-teinte potentiellement remise en cause par le RGPD », *D.* 2018, 2000.

²⁵⁴ TGI Paris, 7 août 2018 : *Comm. com. électr.* 2018, comm. 74 obs G. Loiseau et déjà Commission des clauses abusives, Recomm. n° 2014-02, 7 novembre 2014 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 4, G. Loiseau et étude 3, S. Piédelièvre ; *JCP E* 2015, 1136, A.-L. Falkman ; *Prop. intell.* 2015, n° 54, p. 59, J.-M. Bruguière ; *RDC* 2015, p. 496, comm. A. Debet.

²⁵⁵ CJUE 25 janvier 2018, *Schrems c/ Facebook*, aff. C-498/16, préc., pt. 39.

²⁵⁶ Ce d'autant que la qualification de contrat gratuit au sens de l'article 1107 du Code civil est indifférente s'agissant de déterminer l'application du droit de la consommation, TGI Paris, 7 août 2018, préc. et déjà Paris 12 févr. 2016, préc.

²⁵⁷ CA Paris 12 févr. 2016, préc. Adde, CJUE 25 janvier 2018, *Schrems c/ Facebook*, aff. C-498/16, préc.

²⁵⁸ CA Paris 12 févr. 2016, préc. Le Règlement Bruxelles I exigeait de retenir le domicile du défendeur dans l'UE, condition satisfaite s'agissant de Facebook inc en France à travers son établissement français.

18²⁵⁹ que, si le juge français est saisi, les règles de compétence protectrices s'appliquent à tout consommateur domicilié dans l'Union européenne, quel que soit le domicile du professionnel défendeur.

S'agissant de la loi applicable, il convient de distinguer si les CGU stipulent ou non une clause de choix de loi. En l'absence d'une telle clause, l'article 6 du règlement dit « Rome I » prévoit l'application de la loi de l'État dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle à la condition que le professionnel « *exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle* » ou « *par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays* ». Par conséquent, la loi française trouve à s'appliquer dès lors qu'est réuni un faisceau d'indices attestant que le professionnel dirige ses activités vers la France, la langue du site accessible constituant l'un de ces indices²⁶⁰. En présence d'une telle clause, l'article 6.2 du règlement Rome I énonce que « *ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable* », la loi française trouve dès lors à s'appliquer, à moins que la clause ne renvoie à une loi plus protectrice des intérêts du consommateur. A ce titre, la Cour de justice est venue préciser que la clause de choix de loi non négociée est abusive dès lors qu'elle donne l'impression au consommateur que seule la loi désignée par la clause s'applique au contrat, alors qu'il peut bénéficier des règles impératives de la loi de sa résidence habituelle²⁶¹.

Intérêt de convoquer le droit de la consommation pour la licence de propriété intellectuelle : CGU et clause(s) réputée(s) non écrite(s). Dans l'hypothèse où la loi française trouve à s'appliquer à la relation en cause, différentes clauses pourront être réputées non écrites dès lors qu'elles tombent sous le coup de la qualification de clauses abusives au sens de l'article L. 212-2 du code de la consommation, à savoir si celles-ci « *ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Certaines intéressent l'exercice des droits de propriété de propriété intellectuelle, comme en atteste un récent jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris relatif aux CGU de Twitter, qui reprend en cela les recommandations formulées en ce sens par la Commission des clauses abusives²⁶². Il en va ainsi de la clause relative à la licence de propriété intellectuelle dès lors que celle-ci est rédigée en violation des dispositions des articles L. 131-1, L. 131-3 et L. 121-1 du CPI.

Étendue des droits transmis. Concernant les prérogatives qu'elles visent, les licences de propriété intellectuelle sont en effet le plus souvent formulées largement, autorisant une exploitation importante des contenus au risque de déséquilibrer les droits et obligations de l'utilisateur-contributeur au regard de celle du fournisseur du service de réseau social, et ce au profit de ce dernier. Cela entre en contrariété avec l'exigence de formalisme imposée par l'article L. 131-3 du CPI²⁶³, d'autant que ces contrats sont soumis à un principe de « droit retenu » selon lequel tout ce qui n'a pas été expressément cédé est réputé être conservé par l'auteur²⁶⁴ ainsi que d'interprétation stricte *in favorem* imposant de limiter la portée de la cession à ce qui a été expressément consenti par l'utilisateur-créateur. Or, ces conditions

²⁵⁹ Règlement n°1215/2012, Bruxelles I bis, art. 18 : « *l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié* » (nous soulignons).

²⁶⁰ Sur la définition de l'activité ciblée, v. CJUE, 7 déc. 2010, aff. C-585/08, *Peter Pammer* et C-144/09, *Hôtel Alpenhof*.

²⁶¹ CJUE 28 juil. 2016, C-196/15, *VK/Amazon*, D. 2016. 2315, note F. Jault-Seséke ; *Dalloz IP_IT* 2017. 50, obs. E. Treppoz ; *Rev. crit. DIP* 2017. 112, note S. Cornéloup – Egalement en ce sens, la recommandation de la Commission des clauses abusives préc., pt. 46.

²⁶² TGI Paris, 7 août 2018, préc. et Commission des clauses abusives, Recomm. n° 2014-02, 7 novembre 2014, préc.

²⁶³ En ce sens, v. la recommandation des clauses abusives 14/2 préc., n°24 et TGI Paris 7 août 2018, préc.

²⁶⁴ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 10^e éd. 2017, n°466.

légales, qui s'imposent à toute cession, paraissent devoir s'appliquer par analogie à la « licence » de propriété intellectuelle - qualification retenue par la plupart des réseaux sociaux afin d'autoriser la mise à disposition par l'auteur de droits d'exploitation au profit du fournisseur de service de réseautage social²⁶⁵, les termes de « cession » ou « concession » n'étant que très rarement retenus.

Durée de la licence. Une telle asymétrie peut encore résulter de la durée mentionnée par ce document contractuel. En effet, la période d'exploitation consentie est le plus souvent définie par renvoi à la durée légale de protection des contenus²⁶⁶, ce qui peut paraître discutable eu égard à l'objectif premier de la licence – permettre le bon fonctionnement du service. Il serait ainsi préférable de lier la durée de l'exploitation à celle du fonctionnement du compte de l'utilisateur du service ou de la mise en ligne des contenus si ceux-ci devaient être supprimés dès lors que l'on admet que la licence trouve sa cause dans le fonctionnement du service de réseautage social. Les exploitations du contenu non contrôlées par le fournisseur du service au-delà de cette durée contractuellement définie devraient être autorisées dès lors qu'elles sont justifiées par des considérations techniques et strictement limitées dans le temps ; pourraient notamment être visées les copies de sauvegarde persistant pendant un certain temps ou les contenus repris par d'autres comptes utilisateurs²⁶⁷ ce qui permettrait alors de préserver les droits des tiers²⁶⁸.

Prohibition de la cession globale des œuvres futures. En outre, l'article L. 131-1 du CPI dispose que « *la cession globale des œuvres futures est nulle* », sous réserve des exceptions prévues en la matière, même si l'on admet quelques tempéraments en pratique. Il en résulte que la clause portant sur la licence de droit de propriété intellectuelle, dès lors qu'elle est trop largement formulée – notamment si elle ne précise pas les droits concédés et les exploitations des contenus autorisées ainsi que les œuvres visées –, devrait être considérée comme illicite au regard de cette disposition. Il en va de même de la clause faisant porter la concession sur l'intégralité du contenu mis en ligne, présent et à venir, en ce qu'elle paraît contrevenir à l'interdiction de cession globale d'œuvre future « *sauf à considérer que l'utilisateur accepte les conditions générales d'utilisation à chaque fois qu'il met en ligne de nouveaux contenus* »²⁶⁹. Maintenues dans le contrat, de telles clauses pourraient être considérées comme abusives.

Violation du droit moral. Enfin, il est possible de constater que bon nombre de licences entendent remettre en cause l'exercice du droit moral de l'auteur, notamment lorsqu'elles reconnaissent toute liberté au fournisseur de service d'adapter le contenu afin d'en assurer l'exploitation. C'est alors faire l'économie du principe d'inaliénabilité du droit moral posé à l'article L. 121-1 du CPI selon lequel l'auteur ne peut pourtant renoncer définitivement à agir en cas de modification de son contenu qui porterait par exemple atteinte au droit au respect de l'intégrité de son œuvre²⁷⁰. De telles clauses ne seront pas opposables à l'utilisateur-créateur pour préserver l'effectivité de son droit moral. On pourrait néanmoins admettre des renoncements ponctuels et temporaires, à la condition qu'elles demeurent strictement limitées dans leur étendue et justifiées par le fonctionnement technique du service de réseautage social.

Formalisme contractuel – conjugaison du code de la propriété intellectuelle et du code de la consommation. Cette asymétrie, combattue s'agissant du contenu des licences de

²⁶⁵ Sur la définition de la licence, v. N. Blanc, *Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés*, Dalloz, 2010, n°304.

²⁶⁶ Sur ce point, v. encore G. Vercken, *Clause de durée*, *Propr. Intell.* 2011/41, p. 466, spéc. p. 467.

²⁶⁷ En ce sens, G. Vercken, *op. cit.*, p. 468.

²⁶⁸ Comp. les dispositions du Règlement Général sur la protection des données consacrant un droit à la portabilité des données, sous réserve de garantir la protection des droits des tiers (Règlement 2016/679, cons. 68).

²⁶⁹ E. Derieux et A. Granchet, *Réseaux sociaux en ligne*, Lamy, coll. Axe Droit, 2013, n° 460.

²⁷⁰ En ce sens, E. Derieux et A. Granchet, *op. cit.*, n°461 – Adde, *Recommandation des clauses abusives* 14/2 préc., n°25.

propriété intellectuelle, peut être également corrigée quant à leur forme. Pour la plupart des réseaux sociaux en effet, la licence de propriété intellectuelle est intégrée parmi les CGU du service, ce « *document contractuel qui régit les modalités d'utilisation d'un service entre le fournisseur et l'utilisateur* »²⁷¹ composé de « *clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire* »²⁷². Or cette forme d'expression du consentement et de définition des prérogatives concédées par l'utilisateur au fournisseur de service sur le fondement d'un contrat d'adhésion pourrait remettre en cause l'effectivité du droit de propriété intellectuelle en raison de la puissance du cocontractant géant de l'internet. Il est dès lors loisible de s'interroger sur le point de savoir si le consentement de l'auteur-utilisateur du réseau social peut valablement s'exprimer par un tel vecteur. Il convient tout d'abord de rappeler que la simple mise en ligne des CGU ne suffit pas à mettre à la charge de l'utilisateur un engagement de nature contractuelle ; le consentement doit bien s'exprimer par leur acceptation.

La question est alors de savoir si la simple navigation, la simple utilisation du réseau social, suffit à exprimer le consentement de l'utilisateur. Au-delà, noyée dans les CGU, la licence de propriété intellectuelle ne paraît pas suffisamment attirer l'attention de l'utilisateur-créateur quant à la portée de son engagement²⁷³. L'objectif du formalisme – éclairer le consentement de l'auteur – ne pourrait dès lors être atteint. Une telle pratique peut paraître d'autant plus critiquable que la licence de propriété intellectuelle est consentie à titre gratuit²⁷⁴, ce qu'autorise expressément l'article L. 122-7 du code de la propriété intellectuelle. Pourtant, compte tenu de la portée de son engagement, il devrait être exigé que le consentement de l'utilisateur-auteur soit particulièrement éclairé sur ce point²⁷⁵. Dès lors, le fait de stipuler une telle licence dans les CGU sans que l'attention de l'utilisateur ne soit suffisamment attirée sur la portée de l'engagement souscrit au titre d'une licence, le plus souvent concédée à titre gratuit, pourrait être considéré comme ne respectant pas l'article L. 211-1 du code de la consommation selon lequel « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Partant, une telle clause pourrait être considérée comme abusive dès lors qu'elle emporte un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat au détriment de l'utilisateur-consommateur ou non professionnel.

CGU et clauses abusives : au-delà du CPI. Certaines clauses peuvent encore être réputées non écrites car illicites ou abusives en raison de conflits plus indirects avec les droits des PI. Il en irait ainsi de la clause évasive de responsabilité du fournisseur de service, prévoyant que la responsabilité sera supportée uniquement par la personne qui a fourni le contenu en exonérant totalement l'hébergeur, dès lors qu'elle est contraire à l'article 6.I.2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et abusive au sens de l'article R. 212-1 6°) du code de

²⁷¹ J.-M. Bruguière, Les conditions générale d'utilisation sur l'Internet. Nouvelles réglementations de droit privé ? in *L'entreprise à l'épreuve du droit de l'internet, quid novi ?*, dir. J.-M. Bruguière, Dalloz-Cuerpi, 2015, p. 10, spéc. n°4.

²⁷² A. Seube, Les conditions générales des contrats, *Etudes offertes à A. Jauffret*, 1974, Aix-Marseille, p. 622.

²⁷³ Recommandation de la Commission des clauses abusives 14/2, préc., n°28. Grégoire Loiseau résume parfaitement cette problématique en soulignant que « *L'organisation de l'accès aux conditions générales du contrat est ainsi conçue qu'elle conditionne l'utilisateur à une indifférence contractuelle, et c'est plus généralement le mécanisme d'adhésion au média social qui détourne l'attention de l'utilisateur des modalités contractuelles et du foyer des clauses les plus excessives* » : Les maîtres du monde numérique coupables d'abus, *Com. com. électr.* 2015, comm. n°4.

²⁷⁴ En ce sens, la recommandation de la commission des clauses abusives préc., n°27 et son commentaire par J.-M. Bruguière, *Propr. Intell.* 2015/54, p. 59 : le point 25 déclare abusive une telle clause dans l'hypothèse où l'utilisateur du réseau est un consommateur

²⁷⁵ Comp. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 3^e éd., 2015, n°669 ou encore T. Azzi, La gratuité en droit d'auteur, in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Lextenso, 2012, dir. N. Martial-Braz et C. Zolynski, p. 239, spéc. p. 246. Il serait ainsi souhaitable que la clause de propriété intellectuelle ressorte distinctement parmi les CGU, par exemple en lui réservant une place spécifique dans la présentation des documents contractuels.

la consommation. De même encore de la clause conférant au fournisseur une faculté de retrait des contenus et de résiliation immédiate du compte, dès lors qu'elle confère au fournisseur un pouvoir trop discrétionnaire s'agissant de l'acceptation ou de la suppression d'un contenu généré par l'utilisateur, en privant ce dernier de la possibilité de bénéficier d'un préavis, à moins que ce retrait ne résulte du retrait d'un contenu illicite au sens de la LCEN et qu'il soit exercé dans les conditions prévues aux articles 6.1.2 et 6.1.5 de ce texte. Pourraient encore être réputées non écrites les clauses par lesquelles le fournisseur exige le respect par l'utilisateur des règles de droit applicables en matière de propriété intellectuelle, tout en s'affranchissant des mêmes règles au travers d'une autre clause.

L'essor des plateformes a accompagné de manière irrésistible l'accroissement du volume des contenus et des données numériques, leurs services d'intermédiation devenant indispensables pour y naviguer. Les plateformes ont pris une place nouvelle et incontournable dans l'économie de la distribution des contenus numériques en général des œuvres et objets protégés en particulier. Reposant sur des modèles juridiques variés, certaines d'entre elles jouent ce rôle sans disposer de droits de propriété intellectuelle sur les œuvres auxquelles elles donnent accès, en s'abritant derrière la qualification d'hébergeur de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Est ainsi créée une rupture concurrentielle entre les plateformes entrées volontairement en relation avec les titulaires pour négocier des droits d'exploitation, et celles - souvent puissantes - qui ont refusé la soumission aux règles de la propriété littéraire et artistique, préférant imposer des conditions unilatérales au sein d'accords volontairement consentis. De nouvelles régulations empruntant au droit de la consommation, au droit de la concurrence ou au droit fiscal tentent de rétablir un équilibre entre les différentes catégories d'acteurs d'une part, et à leur imposer de nouvelles obligations au bénéfice des co-contractants, d'autre part.

L'apparition, au cours de ces dernières années, de régimes juridiques des plateformes dans de multiples textes de droit national et de droit de l'Union tend désormais à appréhender leur rôle spécifique, distinct de celui d'un simple hébergeur, et à affirmer leurs responsabilités. Bien qu'il rompe avec une tradition établie de segmentation des régimes juridiques, ce mode de régulation transversale de la diffusion des contenus numériques offre des opportunités d'établir un rapport contractuel plus équilibré entre les titulaires de droits avec les acteurs de la distribution numérique, notamment dans un contexte de concentration économique.

Le droit de la consommation a également donné lieu à une vigilance renforcée à l'égard des pratiques des infomédiaires, et notamment des réseaux sociaux, soumettant les conditions générales d'utilisation à un contrôle du déséquilibre contractuel. Ces instruments du droit de la consommation, bien qu'ils ne s'appliquent pas *a priori* aux titulaires de droit « professionnels », permettent aux utilisateurs générant des contenus (UGC) de conserver une certaine maîtrise de leurs créations sur les plateformes et peuvent également servir de modèle à l'établissement de relations plus équilibrées au-delà de leur ressort.

4. Associer les titulaires de droits aux traitements volumétriques et informationnels des objets protégés

Annexe. Nombre des utilisations réalisées par les acteurs du numérique, parce qu'elles « piochent » des données ou informations en leur sein ne paraissent pas reprendre les œuvres ou objets protégés « en tant que tels » mais prélèvent alternativement des morceaux, parties,

extraits, autant d'expressions rudimentaires dont la protection est questionnée. Ces services requièrent également, le plus souvent, de traiter des sommes colossales « d'items » au sein desquelles les œuvres et objets protégés sont noyés et perdent leur individualité. Ils constituent un gisement de ressources auprès duquel les opérateurs s'approvisionnent sans se livrer nécessairement à une exploitation de ces objets pour leurs qualités intrinsèques, mais en vue de saisir leur « capital informationnel », marquant en cela une différence avec les diffusions de masse du XXème siècle.

Or, les instruments classiques de la propriété littéraire et artistique sont souvent malhabiles face à de telles approches volumétriques, en rupture avec les mécanismes d'autorisation conçus au regard d'exploitation individuelle d'objets déterminés (2.1.). Ils appréhendent également avec difficulté le capital informationnel lié à ces objets (2.2.) ce qui appelle à concevoir de nouveaux outils pour appréhender ces enjeux (2.3.).

2.4. Approche « volumétrique » et propriété littéraire et artistique

Annnonce. L'extraction et la réutilisation d'une grande quantité de données au sein d'une masse dynamique de contenus sont des activités caractéristiques des opérateurs de données massives. Ce changement d'échelle et cette indifférenciation occasionnent des difficultés pour faire valoir les droits de propriété littéraire, traditionnellement conçus pour accompagner l'exploitation spécifique d'une œuvre individualisée répondant à des critères de protection définis. Ces difficultés se manifestent tant à propos de la preuve, qu'il incombe au titulaire de rapporter, du caractère protégeable des éléments utilisés et ce, à propos d'agrégats ou de fragments d'œuvres ou d'autres objets protégés (2.1.1.) que de la détermination du ratio d'utilisation soumis à l'exercice des droits. La quantité de contenus est en effet susceptible d'influer sur le régime des droits (2.1.2.).

2.4.1. La difficulté de preuve de la protection sur des ensembles ou fragments

Condition d'originalité et « reproduction partielle » d'une œuvre. Rappelons que bien que la condition ne figure pas dans le code de la propriété intellectuelle, l'originalité constitue le critère déterminant l'accession d'un objet à la protection par le droit d'auteur. Classiquement reçue comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur en droit français, le critère a évolué sous la férule des juges européens qui ont, dans l'arrêt *Infopaq I* précité, étendu l'expression de « *création intellectuelle propre à son auteur* » utilisée dans les directives d'harmonisation à propos des logiciels, bases de données et photographies à l'ensemble des œuvres de l'esprit. Ainsi, notamment au regard des critères dégagés dans la jurisprudence de la CJUE, l'absence de liberté de choix de l'auteur, l'absence d'arbitraire²⁷⁶ dans la forme signent-ils logiquement le rejet de la protection.

Dans l'arrêt *Infopaq I*, la Cour de justice ne s'est pas contentée de donner une définition unitaire de l'originalité, elle a également jugé que les parties d'une œuvre « *sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière.* » (point 38), ce qui implique « *qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre.* » (point 39). La partie est considérée comme originale si elle témoigne de l'originalité du tout. Par conséquent, si les éléments constitutifs de l'originalité de l'œuvre d'ensemble sont présents dans les parties, celles-ci seront protégées comme l'ensemble lui-même mais *a contrario*, ils ne le seront pas

²⁷⁶ CJCE, 16 juillet 2009 *Infopaq International A/S contre Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08 ; CJUE (troisième chambre), 1er décembre 2011, *Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH et autres*, aff. C-145/10 ; point 89 ; a contrario, CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a*, aff C-403/08 et C-429/08 (point 98).

s'ils ne témoignent pas de cette originalité et pourront en principe, légitimement être exploités sans l'autorisation de l'auteur de l'œuvre dont ils proviennent. En résumé, « l'extraction » de données provenant de l'œuvre peut en principe être réalisée librement si et seulement si la forme d'expression empruntée par ces données ne témoigne pas de l'originalité de l'ensemble.

Ratio d'originalité. Le rapport entre l'originalité de la partie et l'originalité du tout demeure néanmoins difficile à évaluer. Appliquée aux articles de presse dans l'arrêt précité, cette grille de lecture a conduit à la conclusion selon laquelle « *Les mots en tant que tels ne constituent donc pas des éléments sur lesquels porte la protection.* » (point 46) Toutefois, la Cour a également jugé que « *Cela étant, compte tenu de l'exigence d'une interprétation large de la portée de la protection conférée par l'article 2 de la directive 2001/29, il ne saurait être exclu que certaines phrases isolées, ou même certains membres de phrases du texte concerné, soient aptes à transmettre au lecteur l'originalité d'une publication telle qu'un article de presse, en lui communiquant un élément qui est, en soi, l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cet article. De telles phrases ou de tels membres de phrase sont donc susceptibles de faire l'objet de la protection prévue à l'article 2, sous a), de ladite directive.* » (point 47).

Difficulté des titulaires. Cette difficulté à apprécier le seuil à partir duquel les éléments objets de l'extraction sont protégés est au cœur des préoccupations des titulaires, comme en témoignent les discussions qui opposent les éditeurs de presse et les agrégateurs de contenus ou moteurs de recherche. En effet, la reprise mécanique des contenus par les « crawlers »²⁷⁷ s'opère dans une perspective qui n'est pas nécessairement la diffusion des articles en tant que tels mais l'utilisation d'une partie seulement de ces contenus à des diverses fins. Les mêmes questions se posent à propos de l'accès aux articles scientifiques et de leur minage.

Ainsi, l'extraction réalisée est susceptible de porter sur des « bouts » d'œuvres qui pourraient ne pas receler une originalité suffisante pour être protégés. Dès lors, l'éditeur, cessionnaire des droits d'auteur ou titulaire primaire au titre de l'œuvre collective peut rencontrer des empêchements à faire valoir ses droits si les éléments extraits ne sont pas originaux. En pratique, la difficulté est souvent contournée par le truchement des accords contractuels qui déterminent les conditions d'accès et d'utilisation des agrégateurs aux fichiers numériques. Mais outre que cette protection technique et contractuelle n'est pas opposable aux tiers, elle ne peut jouer qu'au regard des personnes qui consentent à s'engager dans une négociation pour procéder aux opérations d'extraction. Or, certains acteurs tel que Google s'y refusent et font pression sur les éditeurs pour que ceux-ci acceptent, par défaut, les opérations de *crawl* préalables au référencement ou au traitement subséquent, sans quoi ils s'exposent à perdre la visibilité de leurs publications. C'est en raison de ce rapport de force que les éditeurs ont milité pour la création d'un droit voisin qui ne serait pas contrecarré par l'exigence d'originalité.

Preuve d'originalité et reprise de masse. La question de l'originalité ne se pose pas seulement à l'occasion d'opérations d'extraction de micro-fragments d'œuvres ; elle est également incontournable s'agissant de reproductions de masse. En effet, la preuve de l'originalité repose dans le procès sur la partie qui se prévaut de la protection. Ainsi, il échet au titulaire de rapporter, œuvre par œuvre, les éléments caractéristiques cette originalité, ce qui est susceptible d'induire d'importants coûts lorsque le traitement est opéré sur d'énormes quantités d'œuvres. Paradoxalement, plus la reprise est massive, plus il est compliqué pour le titulaire de faire valoir ses droits en raison des coûts associés à cette preuve. C'est, par exemple, la situation des photographes face aux moteurs d'images qui se voient doublement dissuadés de s'opposer à la réutilisation de leurs images sous forme de fragments dits « *snippets* » : incapable d'assumer les coûts de cette preuve, souvent hors de proportion avec les chances de gains judiciaires, ils s'exposent à l'oubli s'ils utilisent le moyen alternatif du « *robot.txt* » qui leur est proposé par les moteurs pour s'opposer à l'indexation. La

²⁷⁷ Un *crawler* est un robot d'indexation, qui parcourt les pages du web à la recherche de contenus bien précis.

jurisprudence de la Cour de cassation²⁷⁸ a récemment assoupli ses exigences en reconnaissant la « combinaison de caractéristiques [...] tradui[sant] un parti pris esthétique empreint de la personnalité de l'auteur » commune à l'ensemble des 8779 photographies. Cette situation avait auparavant conduit le législateur français à consacrer un régime de gestion collective obligatoire à propos des moteurs d'images²⁷⁹. Toutefois, les décrets d'application sont encore à l'étude, notamment en raison des doutes suscités sur la validité d'un tel système national au regard de la jurisprudence *Soulier & Doke*²⁸⁰.

Caractère personnel de la prestation de l'artiste-interprète. Comme on l'a vu, si l'exigence de l'originalité de l'œuvre n'est pas retenue pour que l'artiste-interprète soit protégé, la prestation doit, quant à elle, témoigner d'un caractère personnel²⁸¹. Au regard de la proximité des notions de caractère personnel et d'originalité, il semble qu'on puisse *mutatis mutandis*, appliquer les mêmes raisonnements s'agissant des prestations des artistes-interprètes. La reprise des fragments pose dès lors le problème de l'identification de ce qui est protégé et la reprise des masses celui de la preuve du caractère personnel de la prestation.

Seuil de l'investissement quantitativement ou qualitativement substantiel. S'agissant du droit *sui generis* sur les bases de données, l'article L. 341-1 alinéa 1^{er} du code de la propriété intellectuelle exige que le producteur puisse attester d'un investissement quantitativement ou qualitativement substantiel qui porte sur « l'obtention, la constitution, la vérification ou la présentation » du contenu de la base pour bénéficier d'un droit quasi-exclusif sur ce contenu. L'investissement ne doit pas en revanche se porter sur la création de données. La CJUE l'a clairement exprimé dans les quatre arrêts du 9 novembre 2004²⁸² : « la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données au sens de l'article 7, paragraphe 1 de la directive (...) doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base », à l'exclusion des « **moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données.** » Ne figurent pas non plus dans la liste « les activités d'analyse et de traitements dynamiques des données qui dépendent moins de la capacité à les réunir dans des bases que de savoir les trouver, les identifier, les sélectionner et les traiter, le cas échéant, en temps réel, dans une masse de données disponibles en permanence mais d'un volume considérable. »²⁸³, ce qui fait dire à la doctrine que ce droit peut « apparaître, à ce titre, quelque peu dépassé ».²⁸⁴

S'agissant de l'ampleur de l'investissement, il doit être « substantiel », ce qu'il revient aux juges d'apprécier. La doctrine relève que « les juges du fond sont fort embarrassés pour déterminer le seuil au-dessus duquel la protection privative est justifiée, et se contentent le plus souvent d'affirmer de façon péremptoire le caractère substantiel de l'investissement²⁸⁵. » L'étude menée pour la Commission en vue de l'évaluation de la directive conclut à la nécessité de prévoir des standards quantitatifs pour aider les opérateurs à anticiper les seuils à partir

²⁷⁸ Cass. com., 5 avr. 2018, 13-21001, Artprice.com, inédit ; auparavant la Cour de cassation refusait de reconnaître toute présomption d'originalité en exigeant de « rechercher si et en quoi chacune des photographies » est éligible à la protection Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 10-16.063 et n° 10-30.676. Elle avait toutefois récemment introduit de la souplesse en permettant de regrouper les photographies « au besoin, en fonction de leurs caractéristiques communes » Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2017, n° 15-29374 : *LEPI* 2017, n° 7, p. 2.

²⁷⁹ V. infra.

²⁸⁰ CJUE, 16 novembre 2016, *Marc Soulier et Sara Doke*, C-301/15.

²⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1999, n° 96-43.749 : *JurisData* n° 1999-003057 ; *Comm. com. électr.* 1999, comm. 42, 1^{re} esp., note Ch. Caron ; CA Paris, pôle 5, ch. 1, 15 mars 2016, n° 14/17749, *Éric F. c/ SARL JTC et SA Marc Dorcel* : *Propri. intell.* 2016, n° 60, p. 320, obs. J.-M. Bruguière.

²⁸² Préc.

²⁸³ N. Courtier, *La nécessaire évolution du droit des producteurs de bases de données pour permettre son adaptation à l'émergence du Big data* in INPI, *La propriété intellectuelle & la transformation numérique de l'économie*, Regards d'experts, 2015, p. 23-40.

²⁸⁴ Lucas, n° 1358, p. 1057.

²⁸⁵ Lucas, n° 1361, p. 1059 citant la jurisprudence et Ph. Gaudrat et F. Sardain, *Traité de droit civil numérique*, Larcier, t. 1, n° 1094.

desquels la protection est déclenchée²⁸⁶. Le rapport d'évaluation souligne également que la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Innoweb* a fait prévaloir les droits *sui generis* d'un moteur de recherche spécialisé en empêchant de ce fait un méta-moteur de procéder à des extractions de données quand bien même il ne le faisait qu'afin d'opérer des liens, ce qui a suscité des critiques nombreuses²⁸⁷.

Seuil et droits voisins. Absence de critère. S'agissant des autres objets des droits voisins, et bien que la doctrine soit divisée sur la question, la jurisprudence n'exige pas que les sons²⁸⁸ ou images fixées constituent une œuvre pour être couverts par le droit voisin du producteur. Ainsi, non seulement la référence à une œuvre originale n'est pas requise pour déclencher la protection mais encore le phonogramme ou le vidéogramme n'ont pas à atteindre non plus cette condition. La seule exigence que retient la doctrine est celle d'une certaine « *continuité* » répondant à l'idée de séquence, encore qu'elle ne soit pas très claire. Quant à la notion de fixation, elle a été interprétée de manière large et couvre tant les supports tangibles que des fichiers numériques²⁸⁹. Enfin, le critère d'investissement auquel on fait également appel ne fournit pas davantage de prise à une logique de seuil d'entrée dans la protection. La jurisprudence semble exiger que la personne physique ou morale qui en réclame l'attribution apporte la triple preuve qu'elle a pris l'initiative, la responsabilité et le risque financier de la première fixation d'une séquence d'images sonorisée ou non²⁹⁰, sans que l'on sache véritablement en quoi consiste la preuve d'un risque financier et comment les tiers pourraient en avoir la connaissance.

Seuil et droits voisins. Asymétrie. La question de l'absence de critère défini de protection en matière de droits voisins suscite deux séries de questions. La première est celle de l'asymétrie entre la position des titulaires de droits d'auteur, les artistes-interprètes et les producteurs de base de données d'une part, et celle des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et les organismes de communication audiovisuel d'autre part, les premiers se trouvant potentiellement dans une situation moins favorable que les seconds s'agissant de la preuve de leur protection face à une extraction ou une utilisation de masse. Cette potentielle supériorité de la protection de certains droits voisins sur le droit d'auteur va à l'encontre de la hiérarchie subreptice classiquement retenue selon laquelle le droit d'auteur jouit d'une protection plus forte que les droits voisins, au terme d'une lecture accueillante de l'article 1^{er} de la convention de Rome. Le législateur européen a semblé sensible à cette critique dans la directive en cours de discussion sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique qui tente de rééquilibrer les rapports entre le futur droit voisin des éditeurs de presse et le droit des journalistes²⁹¹.

La seconde question est celle du bien-fondé de la reconnaissance d'un droit exclusif sur un objet dont le contour est peu défini, ce qui peut conduire à protéger n'importe quoi par un monopole, à rebours des équilibres classiques de la propriété intellectuelle rappelés dans la

²⁸⁶ Study Bentley & Derclay, op. cit., « *The notion of 'substantial' investment is one of the most problematic provisions of the Database Directive, with polarised positions among stakeholders. Any amendment to this provision would need to be in line with its rationale: that is, to limit the protection of databases to those databases that would not be produced in the absence of legal protection. Therefore, the problem with the substantiality threshold is not that it exists, but where it lies and the associated uncertainty. In consequence, were the European Commission decide to amend the Database Directive, it may be recommended to consider identifying shared standards in this respect and thereby instilling legal certainty.* », p. VII.

²⁸⁷ Rapport préc., p. 29. CJUE, 19 décembre 2013, *Innoweb BV v Wegener ICT Media BV and Wegener Mediaventions BV*, aff. C 202/12, ; ECLI: ECLI:EU:C:2013:850.

²⁸⁸ CA Paris, 4^e ch., 6 octobre 1979, *D.* 1981, p. 190, note Plaisant, *RTD Com.* 1980, p. 346 ; obs. Françon, accueillant la protection du phonogramme pour une fixation de chants d'oiseaux qui ne serait pas éligible au titre du droit d'auteur, même si la décision paraît isolée.

²⁸⁹ CA Paris, 4^e ch., 16 juin 2000, *Com. com. électr.* 2000, comm. 126, note Caron ; *JCP E* 2001, p. 1382, note Lefranc ; C. Cass. Civ. 1^{ère} 11 septembre 2013, SPEDIDAM, n° 12-17.794.

²⁹⁰ CA Versailles, 1^{re} ch., 1^{re} sect., 23 févr. 2017, n° 15/01978, *SAS Innovaxiom c/ SAS Groupe industrie service info.*

²⁹¹ V. *infra* à propos du droit voisin de l'éditeur de presse sur les parties de la publication de presse.

première partie du rapport (non-protection des idées et des informations brutes). Il est paradoxal qu'une personne puisse se prévaloir d'une exclusivité sur un objet alors qu'elle ne peut attester ni d'une créativité particulière, ni d'un investissement spécifique qui en justifierait l'octroi. Cela reviendrait à reconnaître un monopole à la personne du simple fait de rassembler des données, sans plus de précisions. Or, le corollaire nécessaire d'un droit de propriété intellectuelle est l'explicitation des critères, même seulement jurisprudentiels, permettant de jouir de la protection. De surcroît, l'absence de seuil de protection est susceptible de multiplier les revendications privatives rivales sur des objets circulants

Les utilisations de quantité infiniment grandes et infiniment petites d'œuvres ou autres objets protégés posent des difficultés nouvelles aux titulaires, qui peinent à rapporter la preuve de la protection dont ils entendent se prévaloir soit parce que les objets sont noyés dans une masse soit parce qu'ils sont fragmentés de telle manière qu'ils sont difficilement identifiables.

Les coûts de transaction des preuves sont souvent hors de proportion avec les perspectives de gain dans le procès, dès lors qu'il s'agit de démontrer l'originalité des œuvres ou l'investissement substantiel dans la création de la base de données.

La question de la difficulté de la preuve face à des traitements volumiques pourrait être résolue à l'aide de présomptions.

Le caractère plus diffus des conditions de protection de certains droits voisins place ces derniers dans une position paradoxalement plus favorable que celle des auteurs pour faire valoir leurs droits, au mépris de la hiérarchie traditionnelle entre droit d'auteur et droits voisins. La proposition de création d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse s'attache à réduire ce conflit, non sans difficultés.

2.4.2. *L'influence du quantum de l'utilisation sur le régime des droits*

A partir de quelle quantité d'objets protégés ou de quelle ampleur de diffusion l'opérateur doit-il demander l'autorisation de procéder à un « traitement » ? Comment obtenir les droits lorsqu'il doit « digérer » une grande quantité d'information aux fins de réaliser sa prestation ? Bien que ces enjeux ne soient pas proprement nouveaux, l'approche volumétrique qui affleure dans les pratiques des acteurs demeure encore largement empirique et mériterait que soit conduite une réflexion plus aboutie sur les méthodes permettant d'apprécier les volumes d'objets utilisés, la « quantité » de public déclenchant l'exercice du droit quand, par ailleurs, certaines règles énoncent que toute utilisation totale ou partielle, et ce quelle que soit son écho auprès du public entre dans le champ d'application du droit exclusif. En outre, la question de la quantité doit également s'apprécier au regard des systèmes d'autorisation mis à la disposition des opérateurs gourmands de « données ».

➤ **Le volume des objets utilisés**

Seuil de l'emprunt et originalité. La question du seuil de l'emprunt « libre » a été abordée de manière incidente dans l'arrêt *Infopaq* à propos des opérations d'extraction répétées réalisées par les infomédiaires sur des publications de presse. La Cour de justice a jugé que « l'accumulation des extraits peut entraîner la reconstitution de fragments étendus qui sont aptes à refléter l'originalité de l'œuvre concernée de sorte qu'ils contiennent un nombre d'éléments qui sont de nature à exprimer une création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre » (point 50). Ainsi, la protection d'une œuvre par le droit d'auteur peut faire obstacle à

la libre utilisation des données qui y figurent, si la reprise de ces données emporte la reproduction d'éléments caractéristiques de l'originalité de l'œuvre d'ensemble. Par conséquent, **l'importance quantitative de l'emprunt constitue, en principe, un indice de ce basculement dans le champ du droit d'auteur.** A contrario, l'extraction d'éléments qui ne témoignent pas de cette originalité d'ensemble devrait pouvoir être opérée sans autorisation préalable, ce que corrobore la proposition de directive à propos du droit voisin de l'éditeur de presse²⁹².

Il est cependant difficile de déterminer à partir de quand s'opère cette transition car les extractions ne sont pas nécessairement simultanées mais peuvent s'opérer de manière consécutive et répétée. Ainsi, les opérations de *crawl* ou de minage conduisent à une extraction chaque fois limitée à la finalité de la recherche opérée – ce qui peut être en dessous du seuil – mais l'ensemble de ces opérations répétées sur une période de temps conduisent à reprendre une part substantielle des contenus objets du traitement, de telle manière que le seuil d'originalité peut être atteint.

Il existe une disjonction temporelle entre le traitement ponctuel de l'objet protégé, qui peut n'être pas soumis à autorisation, et l'ensemble des traitements successifs, susceptibles de déclencher l'application du droit exclusif. Le droit d'auteur français, à l'inverse d'autres législations est malhabile avec ce test de « substantialité » ; c'est essentiellement lors de l'appréciation d'une atteinte par le juge que ce dernier aura à déterminer si l'emprunt est suffisamment caractéristique d'une œuvre ou d'un autre objet protégé pour conclure à l'existence d'une contrefaçon. La doctrine²⁹³ relève à ce sujet que « *plus l'œuvre seconde est originale, moins le grief de contrefaçon est susceptible d'être retenu, ce qui rejoint les solutions admises en droit allemand sur la base de la règle de la libre utilisation retenue dans l'article 24 de la loi de 1965, ou en droit américain à partir de la doctrine de la fusion entre l'idée et l'expression (merger doctrine) selon laquelle la copie n'est pas contrefaisante dans la mesure où elle est indispensable pour rendre compte de l'idée.* » Mais cette solution n'est pas d'un grand appui s'agissant d'utilisations de masse par des opérateurs qui produisent des services à partir des éléments récupérés et non des œuvres dont il conviendrait de comparer les ressemblances avec les œuvres dont sont extraites les données.

Théorie de l'accessoire, arrière-plan. La théorie de l'accessoire²⁹⁴ surgit parfois en jurisprudence à propos de l'utilisation de certaines œuvres dans un ensemble plus important, de telle sorte que la visibilité desdites œuvres est en quelque sorte « diluée » dans cet ensemble. Ainsi, plusieurs affaires retentissantes ont conclu à l'inexistence d'une contrefaçon dès lors que l'œuvre en question était exposée dans un ensemble dans lequel elle était « intriquée » mais n'était pas le sujet de l'image (*Place des Terreaux*) ou parce que l'importance ou la durée d'exposition de l'œuvre était suffisamment fugace pour qu'elle soit considérée comme ne communiquant pas les traits originaux de l'œuvre²⁹⁵. L'affaire *Etre et avoir*²⁹⁶ a écarté la revendication d'un auteur d'une œuvre présentée en arrière-plan en visant

²⁹² V. *supra*.

²⁹³ V. Lucas, 5^{ème} éd., n° 332 : lien entre l'étendue de la protection et l'originalité. Les auteurs relèvent ainsi qu'il « convient avant tout de rechercher si, selon l'excellente formule d'un arrêt, l'emprunt porte sur des éléments caractéristiques par lesquels l'auteur de l'œuvre première a personnalisé le thème.

²⁹⁴ Il existe une divergence doctrinale à ce sujet ; certains auteurs recevant cette théorie – v. Vivant, Bruguière, n° 598 ; Caron, n° 358 – tandis que d'autres Lucas, n° 351 condamne la confusion opérée entre périmètre du droit et application des exceptions.

²⁹⁵ A propos de la reproduction d'une partie infime d'une fontaine dans le cadre d'une photographie représentant une voiture sur le site de la Défense, C. Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1987, n° 85-15.128, Bull. civ. I, n° 225 ; *RIDA* 1/1998, p. 94. V. également TGI Paris, 1^{ère} ch., 28 mai 1997, *RIDA* 1/1998, p. 329, reproduction imprécise de sculptures ; CA Paris 4^e ch. 22 février 2002, *Prop. Ind.* 2002, comm. 48, note Kamina : modèles de couteau visible seulement aux deux tiers sur une affiche, sans reproduction de ces caractéristiques

²⁹⁶ V. A ce sujet, C. Cass. 1^{ère} civ. 12 mai 2011, *RIDA* 3/2011, p. 457 et p. 341, obs. Sirinelli ; *JCP G* 2011, 814 et *JCP E*, 1560, note Vivant ; *D.* 2011, p. 1875, note Castets-Renard ; *Com. Com. Electr.* 2011, comm. 62 note Caron ; *RLDI* 2011/72, 2371, obs. Bensamoun ; *Prop. intell.* 2011, p. 298, obs. A. Lucas ; *RTD com* 2011, p. 553, obs. Pollaud-Dulian.

une transposition judiciaire de l'exception d'inclusion fortuite prévue dans la directive 2001/29 mais non intégrée dans le code de la propriété intellectuelle. Quel que soit le fondement avancé, il témoigne de l'existence d'un espace d'appréciation judiciaire et d'incertitude quant à la place respective de l'œuvre d'origine et de l'ensemble plus vaste dans lequel il s'intègre.

Ainsi, il serait loisible d'avancer l'idée que lorsque l'œuvre reprise parmi des milliers d'autres n'est pas l'objet du traitement mais un simple élément accessoire de ce dernier, le droit exclusif n'aurait pas vocation à s'appliquer. Toutefois, cette suggestion devrait s'articuler avec un arrêt du 12 juillet 2012 *Aufeminin*, dans lequel la Cour de cassation a considéré que la notion « *d'inclusion fortuite dans un autre produit* », (...) *doit s'entendre comme une représentation accessoire et involontaire par rapport au sujet traité ou représenté, ce qui n'était pas le cas de la réduction de la photo sous forme de vignette* », ouvrant la voie à des discussions complexes sur le critère intentionnalité.

Extraction substantielle d'une base. Le droit *sui generis* ne confère pas au producteur un droit total sur l'ensemble des opérations d'extraction de sa base de données mais seulement sur les extractions qui sont quantitativement ou qualitativement « substantielles », les extractions non substantielles étant en principe libres. Ainsi, le volume de l'extraction comme la qualité des données extraites entrent en considération pour le déclenchement du droit. La jurisprudence de la CJUE a pu éclairer par ses arrêts la condition de « substantialité » de l'extraction. Dans l'arrêt *British Horseracing Board*, elle a jugé que « *la notion de partie substantielle, évaluée de façon quantitative du contenu de la base (...) doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de celle-ci* » (point 70) et qu'une partie quantitativement négligeable du contenu de la base peut représenter « *un important investissement humain, technique ou financier.* » (point 71). Selon les juges européens, l'extraction est quantitativement substantielle quand elle reprend une partie importante de la base de données : il s'agit donc d'une mesure de proportion mathématique entre les éléments figurant dans la base de données et ceux objets de l'extraction. Relativement à l'extraction qualitativement substantielle, l'expression avait suscité des interrogations dans la mesure où une approche subjective de la notion aurait pu créer un monopole sur l'ensemble des informations contenues dans la base, l'extraction étant toujours qualitativement substantielle pour celui qui y a intérêt. La CJUE en a décidé autrement en considérant que l'extraction était qualitativement substantielle dès lors qu'elle portait sur des données ou une partie de la base ayant fait l'objet d'un investissement quantitativement ou qualitativement substantiel. Ainsi, le test doit s'apprécier, soit au regard des volumes extraits, soit au vu de la valeur d'investissement dont a fait l'objet l'élément extrait.

On a déjà souligné que le manque d'intérêt pour le droit *sui generis* tenait en partie à la difficulté de faire la preuve d'un investissement substantiel sur la base de données en son ensemble, preuve encore plus délicate à administrer lorsqu'il s'agit de la rapporter à certaines parties de la base, voire à certaines données, sachant par ailleurs que la jurisprudence de la CJUE écarte l'investissement dans la création de la donnée des types d'investissement éligibles à la protection²⁹⁷.

Extraction répétée et systématique d'une partie non substantielle. Conditions normales d'utilisation de la base. Le droit des bases de données s'est également attaché à appréhender les activités de flux susceptibles de correspondre à l'économie numérique et au traitement de masse des contenus. Ainsi, la directive 96/9 avait prévu que l'appréciation de l'emprunt substantiel ne pouvait pas toujours se réaliser de façon ponctuelle et qu'il était également nécessaire d'envisager l'activité d'extraction dans sa continuité, de manière à saisir son importance au fil du temps. En conséquence, l'article L. 342-2 du code de la propriété intellectuelle prévoit que le producteur peut interdire l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique d'une partie même non substantielle du contenu, « *lorsque les opérations*

²⁹⁷ Rapport d'évaluation de la Commission préc.

excédent manifestement les conditions d'utilisation normale de la base de données ». Il est toutefois délicat de définir un ratio *a priori* de normalité des conditions d'usage, ce qui appelle à raisonner ici *a posteriori*, comme en matière de concurrence déloyale, et prive le principe de l'autorisation préalable d'une partie de son utilité.

Utilisation de parties d'objets protégés dans le cadre des exceptions : approche quantitative. Bien qu'elles puissent presque toujours être rattachées à une finalité particulière, les exceptions au droit exclusif révèlent, elles aussi de manière incidente, une approche quantitative ; qu'il s'agisse du volume de l'emprunt à propos des notions de citation et d'extraits ou de son caractère volatile ou encore de l'étendue du public visé. Ainsi une jurisprudence abondante en droit français s'est fixée sur l'analyse du rapport entre l'œuvre citée et l'œuvre citante pour déterminer la condition de brièveté qui accompagne l'exception de « courte » citation. Cette approche devrait en principe céder le pas à une analyse des finalités depuis que la CJUE a, dans l'arrêt *Painer*²⁹⁸, indiqué que la mesure de la citation devait se faire à l'aune de la finalité poursuivie et non de la quantité reprise de l'œuvre d'origine. La notion d'extrait apparaît également dans plusieurs autres exceptions telles que celles relatives à des fins d'enseignement et de recherche ou les exceptions relatives à l'utilisation d'œuvres graphiques ou plastiques dans le cadre d'une relation d'actualité. Elle est également sous-jacente dans l'exception de revue de presse. Enfin, la définition du droit *sui generis* même exclut de son champ d'application les extractions non substantielles de la base à la fois en creux dans la définition du droit et dans l'article 8 de la directive visant les droits et obligations légitimes de l'utilisateur.

Frontière floue entre droit exclusif et exception au regard du ratio quantitatif d'utilisation. Une tension entre l'approche quantitative et la finalité de l'exception se manifeste, laquelle n'est pas résolue de manière probante comme en témoigne, par exemple, le sibyllin texte de l'article L. 122-5 selon lequel « *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 et tarifs en vigueur dans les secteurs professionnels concernés.* » On notera que l'exception à des fins d'enseignement et de recherche a donné lieu à ce même type d'extension s'agissant des accords collectifs conclus entre les ayants droit et le ministère de l'éducation nationale dont l'objectif était de collectiviser les mécanismes d'autorisation pour la reprise des œuvres qui iraient au-delà de la notion d'extraits envisagés dans le libellé de l'exception. Ces exemples montrent que la frontière entre le champ d'application du droit exclusif et celui de l'exception est difficile à appréhender dès lors qu'il convient de « peser » la quantité de la reprise de l'œuvre ou autre objet protégé au regard de la finalité justifiant l'exception. La même difficulté d'évaluation prospère en matière de droit *sui generis*, car l'incertitude demeure quant au quantum de ce qui est couvert par le droit au titre du contrôle de l'extraction ou de l'usage d'une partie substantielle de la base et ce qui relève des droits et obligations de l'utilisateur légitime.

Exception de copie provisoire transitoire. S'agissant de l'exception de copie provisoire transitoire, ce n'est pas tant la masse de contenus reproduite qui est en question que le poids « temporel » de l'usage. L'exception a été conçue pour exempter les opérateurs de l'autorisation de reproduction lorsqu'ils traitent des œuvres et autres objets protégés dans le cadre d'une opération de transfert technique dans laquelle la valeur économique de l'œuvre n'est pas exploitée. La jurisprudence est venue éclairer le sens des conditions attachées à l'exception et insiste sur le fait que l'opération doit être dépourvue de signification économique autonome, et surtout qu'elle doit être provisoire – c'est-à-dire qu'elle ne doit pas laisser place à une copie pérenne – et transitoire – qu'elle ne doit pas excéder le temps nécessaire à la réalisation de l'opération technique qu'elle réalise. Dans ce cas, c'est la fugacité de l'usage

²⁹⁸ CJUE, 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer contre Standard VerlagsGmbH et autres*. C-145/10.

qui justifie sa liberté. Cette exception est particulièrement utile pour justifier les opérations de reproduction nécessaires à la recherche (*browse*) et à la collecte d'information (*crawl*) et peut, dans une certaine mesure, couvrir des opérations de *data mining*²⁹⁹. D'ailleurs, la proposition de directive DAMUN, tout en créant une exception *ad hoc* de manière à pouvoir étendre les possibilités d'usage à des hypothèses non couvertes par l'exception de copie provisoire transitoire trop restrictives pour permettre la conservation des documents de fouille³⁰⁰, rappelle que cette dernière demeure susceptible de s'appliquer à des opérations de minage et ce, indépendamment de toute finalité scientifique (considérant 10 de la proposition).

L'exception de copie provisoire transitoire était sans doute la première à appréhender les nouvelles utilités que le numérique peut tirer des œuvres et autres objets protégés et il est possible qu'elle soit mise à l'épreuve des nouveaux services d'intelligence artificielle. Il est cependant à noter que, étant d'ordre public et gratuite, elle constitue une porte d'entrée particulièrement favorable aux infomédiaires pour le traitement de masse dès lors qu'ils sont en mesure de développer un modèle d'affaires qui ne se fonderait pas sur la valeur de la reproduction des œuvres mais sur la valeur des services induits par le traitement des données ou métadonnées qu'elles génèrent³⁰¹. Toute la question se concentre, dès lors, sur le point de savoir si les traitements de données massives sont réputés tirer parti de la valeur de la reproduction provisoire en soi ou modifient l'objet reproduit, auxquels cas l'exception ne pourrait pas couvrir l'activité.

Seuil d'appréciation de la contrefaçon. Difficulté du puzzle. Lors de l'analyse de la contrefaçon, le juge procède à la comparaison entre l'objet protégé et celui qui est suspecté de contrefaçon. En principe, cette opération s'effectue au regard des ressemblances et non des différences entre les deux objets en regard. Pour autant, l'identification simultanée d'un quelconque élément présent dans l'objet protégé et dans l'objet suspecté de contrefaçon ne suffit pas à caractériser la contrefaçon. Si le juge ne parvient pas à identifier, à reconnaître l'objet protégé dans son essence, ou ses éléments caractéristiques, à travers les fragments qui sont réemployés, il ne conclura pas à l'existence d'une contrefaçon. Si les données extraites de l'œuvre ou d'un objet protégé sont employées par le prestataire de manière centrifuge et non centripète et sont infiniment diluées au sein du service qu'il preste, la restauration de l'élément d'origine sera extrêmement difficile à opérer.

En outre l'action en contrefaçon suppose d'arrêter le moment auquel il faudra procéder à la comparaison, en figeant la situation à un temps donné. Or, ce mécanisme est peu efficace face à des traitements dynamiques de données opérés par les infomédiaires. Il est presque impossible pour le titulaire qui souhaite agir, d'une part, de rapporter la preuve de tous les états successifs des opérations d'extraction ou de traitement – faute de toujours disposer de cet historique ou en raison des coûts de la preuve – et d'autre part, d'opérer une reconstitution probante des utilisations multiples et successives réalisées qui concorderaient avec l'identification d'éléments caractéristiques de l'objet d'origine. Il s'agit de refaire un puzzle dans

²⁹⁹ Voir *infra*.

³⁰⁰ *Rapport de la mission du CSPLA relative au "text and data mining" (exploration de données), op. cit.*

³⁰¹ Ordonnance de la CJUE (troisième chambre), 17 janvier 2012, aff. C-302/10, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*. La Cour a estimé que « Les gains de productivité résultant de la mise en œuvre des actes de reproduction provisoires, tels que ceux en cause au principal, n'ont pas une telle signification économique indépendante, pour autant que les avantages économiques tirés de leur application ne se matérialisent que lors de l'utilisation de l'objet reproduit, de sorte qu'ils ne sont ni distincts ni séparables des avantages tirés de son utilisation. » (Point 51). « En revanche, un avantage tiré d'un acte de reproduction provisoire est distinct et séparable si l'auteur de cet acte est susceptible de réaliser des bénéfices en raison de l'exploitation économique de reproductions provisoires elles-mêmes. » (Point 52). « Il en va de même si les actes de reproduction provisoires aboutissent à une modification de l'objet reproduit, tel qu'il existe au moment du déclenchement du procédé technique concerné, car lesdits actes visent ainsi à faciliter non plus son utilisation, mais l'utilisation d'un objet différent » (point 53).

lequel réapparaîtrait la figure de l'élément protégé d'origine, au-delà des différents démantèlements dont il a fait l'objet au stade de l'extraction, comme de la réutilisation.

Ainsi, par exemple, au stade du procès, retenir la responsabilité d'un opérateur de fouille de textes et données dont les services sont réalisés à partir d'une masse d'œuvres à disposition et qui reprennent les informations incorporées à des fins très différentes de la reconstitution des œuvres d'origine pourra s'avérer extrêmement difficile. Dans ce cas, bien souvent, seule la preuve de la reproduction des fichiers, lorsqu'ils font l'objet d'une identification numérique ou lorsque leur accès est protégé, permettra de remonter l'historique du minage. Mais faute de trouver la trace d'une œuvre identifiable dans le service dérivé de l'opération de minage, la caractérisation du préjudice subi sera excessivement ardue.

L'analyse quantitative mécanique ? L'analyse « humaine » de l'identification de la présence ou d'un traitement préalable des flux de données auquel aura procédé l'infomédiaire pourra difficilement conclure à l'existence d'une contrefaçon si les éléments caractéristiques de l'objet protégés ne se retrouvent plus à l'issue de ce traitement. Les ayants droit ont proposé de remédier à cette difficulté en suggérant que la pesée de l'emprunt pouvait être réalisée à travers des mécanismes de tatouage des œuvres. C'est ce type de solutions qui est à l'œuvre avec *Content ID*, Google identifiant, via ce dispositif, les empreintes des fichiers qui lui sont fournis par les ayants droit. Il en résulte que le système de filtrage se déclenche quand bien même l'identification humaine de l'œuvre d'origine ne serait pas possible ou, ce qui est souvent reproché, lorsque l'usage relève d'une exception.

Hiatus entre les principes d'interprétation de la contrefaçon et les systèmes de filtrage.

Survient donc le résultat paradoxal qu'en adoptant une approche moléculaire des objets protégés via des accords entre titulaires et plateformes reposant sur ce type d'outils d'empreinte, des utilisations qui ne seraient pas considérées comme contrefaisantes font néanmoins l'objet d'interdiction de diffusion ou d'une monétisation. Il existe ainsi un delta entre l'application systématique d'un droit de reproduction qui reposerait sur une vision mécaniste de l'œuvre envisagée comme la somme des informations contenues dans un fichier numérique et son appréciation par l'homme, qui suppose une identification des éléments caractéristiques de l'œuvre en regard de l'usage. Cette contradiction suscite d'autant plus de critiques que la pratique s'est développée au regard de solutions techniques dont les principes sont fixés par des opérateurs économiquement dominants qui, par ailleurs, considèrent ne pas être redevables de droits pour les opérations de traitement par eux réalisés.

L'analyse quantitative de l'emprunt peut dans l'état actuel, conduire à deux conclusions totalement contraires. Si elle est liée, comme c'est le cas en jurisprudence, à l'analyse des éléments extraits au regard des caractéristiques originales de l'œuvre d'origine, elle peut conduire à écarter l'application du droit d'auteur du titulaire de l'œuvre première dès lors que ces éléments caractéristiques ne sont pas identifiables dans l'ensemble plus important dans lequel ils s'intègrent. Inversement, si on applique une logique quantitative « pure » rendue possible par des mécanismes de tatouage ou d'empreinte, on conclura à la présence de l'œuvre par la simple coïncidence de l'identification des données du fichier d'empreinte, indépendamment de la reprise de ces éléments caractéristiques.

➤ **Seuil de diffusion**

De minimis. Plusieurs législations étrangères sur la propriété littéraire et artistique retiennent un principe *de minimis* qui ne figure pas dans le code de la propriété intellectuelle. La jurisprudence française est également rétive à accueillir un tel principe. Il apparaît cependant que sous l'influence du droit européen, une telle logique tend à gagner du terrain, ce qui

revient à admettre que certains usages d'œuvres ou objets protégés pourraient ne pas être appréhendés par les droits de propriété intellectuelle dès lors qu'ils présentent un caractère minime insusceptible d'occasionner un préjudice significatif au titulaire. Cette logique est à l'œuvre dans la jurisprudence européenne relative au droit de communication au public³⁰², qui requiert que le public auprès duquel l'objet protégé est diffusé soit suffisamment « nombreux ». A contrario, un seuil *de minimis* s'appliquerait qui aurait pour effet d'évincer l'application du droit exclusif lorsque le public de l'œuvre recouvre un très faible nombre de personnes.

Les critères d'application du mécanisme manquent cependant de précision dans la mesure où il s'agit d'une forme de « tolérance ». Une telle appréciation vient, par ailleurs, contrarier l'idée que « toute » reproduction ou communication au public d'une œuvre ou d'un objet protégé expose celui qui la réalise sans autorisation aux sanctions de la contrefaçon et que le droit de représentation est déclenché indépendamment de la présence effective d'un public. Ainsi, il existerait une zone grise au sein de laquelle une utilisation serait envisageable sans autorisation préalable car elle ne dépasserait pas un certain « seuil » dont l'anticipation est délicate.

Théorie des effets cumulatifs. Dans le sillage de la logique *de minimis*, la jurisprudence de la CJUE a fait émerger la théorie des effets cumulatifs à propos du droit de communication au public. Il s'agissait de déterminer à partir de quel seuil le public est suffisamment important pour que le droit de communication au public ait vocation à jouer. La question s'est notamment posée à propos de la radiodiffusion de phonogrammes du commerce au sein d'un cabinet dentaire. La Cour a jugé dans l'arrêt *del Corso* qu'il fallait prendre en considération, pour apprécier l'existence d'un acte de communication au public, l'ensemble des patients défilant dans le cabinet du praticien et non les seules personnes présentes au moment de la diffusion d'un phonogramme particulier. Le raisonnement a été repris ultérieurement à propos des clients d'un lieu de réhabilitation physique dans l'arrêt *OSA*³⁰³. Cette analyse qui permet de caractériser un acte de communication au public alors même que les œuvres ou objets protégés sont individuellement perçus par un petit nombre de personnes permet de concilier l'exigence d'une « quantité » de personnes et l'affirmation selon laquelle l'acte de communication au public est constitué indépendamment du nombre effectif de personnes qui ont accès à l'œuvre. Allier les deux suppose de considérer que le public auquel s'adresse l'œuvre doit être quantitativement suffisant, quand bien même le public effectivement atteint est non significatif, voire nul. Cette approche rompt avec l'idée chère au droit français selon laquelle le droit aurait vocation à jouer dès lors que l'acte dépasse le cercle de famille, indépendamment de la quantité de destinataires potentiels.

Public nouveau et approche quantitative. La jurisprudence de la CJUE a également développé abondamment l'analyse du public nouveau à l'occasion notamment de sa jurisprudence *Svensson* sur les liens hypertextes, laissant entendre qu'il n'existe pas d'acte de communication au public dès lors que l'œuvre était déjà librement accessible sur internet sans restriction, le lien n'ayant pas pour effet d'engendrer un public nouveau. Elle a cependant refusé de faire jouer la même logique pour la reproduction d'une photographie figurant sur un site internet pour la mettre à disposition sur un autre site internet. Dans ses conclusions sur la décision dite *Cordoba*³⁰⁴, l'avocat général³⁰⁵ avait affirmé qu'une diffusion intervenant sur un autre site que le site d'origine de la diffusion sur lequel une photographie était librement accessible ne constituait pas un acte de communication au public, dans la mesure où elle n'engendrait pas à un public « supplémentaire » par rapport à celui qui pouvait se rendre sur le site d'origine, soulignant de surcroît que le public potentiel du site de l'école était

³⁰² En ce sens pour l'appréciation « quantitative » du public dans le droit de communication au public, CJUE 15 mars 2012, SCF (C-135/10, EU:C:2012:140, point 86), arrêt dit *del Corso*, à propos d'une diffusion dans le cabinet d'un dentiste.

³⁰³ CJUE, 27 février 2014, *OSA*, aff. C-351/12.

³⁰⁴ CJUE (deuxième chambre), 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen contre Dirk Renckhoff*, aff. C-161/17.

³⁰⁵ Conclusions de l'avocat général, M. Manuel Campos Sanchez-Bordona, 25 avril 2018, aff. C-161/17.

quantitativement mineur. La Cour de justice n'a pas suivi les conclusions de son avocat général, estimant qu'il y avait des publics différents selon les sites en question, quand bien même l'œuvre était librement accessible sur le premier site. Elle n'a pas non plus considéré que le faible nombre de visiteurs potentiels du site de l'école constituait un obstacle à la qualification de communication au public, renvoyant au juge national la responsabilité de déterminer si une exception pédagogique pouvait jouer. En l'état actuel de la jurisprudence, il n'est donc pas exigé que la personne à l'origine d'une rediffusion d'une œuvre ou d'un autre objet protégé touche un public plus important que le public originaire pour qu'il y ait un acte de communication au public. Il n'existe pas de condition d'accroissement quantitatif du public pour caractériser l'existence d'un public nouveau.

Tendances antagonistes. Au final, l'analyse de la jurisprudence quant à l'ampleur de la diffusion demeure délicate. Un certain courant milite en faveur d'un quasi-épuisement du droit de communication au public sur internet, laissant entendre que la mise à disposition d'une œuvre sans restriction d'accès équivaut à une autorisation implicite d'opérer une nouvelle diffusion, non préjudiciable au titulaire, faute d'accroître le public potentiel de l'œuvre. Une telle interprétation, notamment portée par les tenants de *l'opt out*, va dans le sens d'une fluidité de la circulation des « contenus » lorsqu'ils sont disponibles sans limitations techniques ou contractuelles. Elle a convaincu les juges s'agissant des opérations de liens parce que ceux-ci « *contribuent notamment au bon fonctionnement d'Internet en permettant la diffusion d'informations dans ce réseau caractérisé par la disponibilité d'immenses quantités d'informations*³⁰⁶ ». Une autre tendance, suivie par l'arrêt *Cordoba*, s'illustre par une lecture plus favorable aux titulaires, justifiant l'emprise du droit sur chaque acte de communication au public de l'œuvre, sans pour autant exiger un accroissement du nombre – potentiel - des personnes constituant le public comme condition de mise en œuvre. Ainsi, chaque diffusion de l'œuvre donne prise à l'exercice du droit exclusif indépendamment de sa mise à disposition sans entrave sur le réseau. S'inscrivant dans une troisième perspective, certaines décisions apprécient le public de manière diachronique lorsqu'il s'agit d'une diffusion en flux. Cette dernière tendance est conforme aux pratiques de licitation des droits conclues avec les utilisateurs de grands répertoires qui diffusent en flux.

➤ Les autorisations de masse

Notion de répertoire. L'une des réponses fournies par la pratique du droit de la propriété intellectuelle à l'utilisation de flux et des masses est relative au contrat général de représentation dont l'article L. 132-28 du code de la propriété intellectuelle établit qu'il confère à un entrepreneur de spectacle la faculté de représenter pendant la durée du contrat, les œuvres actuelles ou futures constituant le **répertoire** d'un organisme professionnel d'auteurs aux conditions déterminées par l'auteur ou ses ayants droit. Selon l'article L. 132-29 du même code, ce contrat présente trois caractéristiques essentielles ; il est stipulé pour une durée limitée ou pour un nombre limité de communication au public ; il ne confère pas en principe à l'entrepreneur de spectacles un monopole d'exploitation sauf clause contraire ; le contrat ne peut être transféré à un tiers sans accord express et écrit du titulaire. Toutefois, la notion de répertoire n'est pas autrement explicitée³⁰⁷ : elle couvre en principe un ensemble d'œuvres ou d'objets protégés dont la gestion des droits a été confiée volontairement ou par l'effet de la loi à un organisme de gestion collective.

L'octroi de l'autorisation d'usage ne porte pas sur une œuvre précise mais sur un ensemble d'objets protégés à la texture variable dans le temps et dans l'espace. Ainsi, le cocontractant obtient par ce biais l'autorisation de réaliser une exploitation d'un ensemble d'objets sans avoir

³⁰⁶ CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, point 45.

³⁰⁷ On la trouve peu citée dans le Code (v. toutefois, article L. 324-3 du Code de la propriété intellectuelle) : Les contrats conclus par les organismes de gestion collective avec les utilisateurs de tout ou partie de leur répertoire sont des actes civils). Elle ne constitue pas même une entrée dans le traité Lucas.

à individualiser ceux qu'il utilise. Le mécanisme dit de la clause forfaitaire conduit à s'acquitter d'une redevance globale pour l'ensemble indépendamment de la portion du répertoire effectivement exploitée. Contesté pour son caractère anti-concurrentiel, il a néanmoins été validé par la jurisprudence de la CJUE³⁰⁸. Il a été en effet jugé favorable aux utilisateurs dans la mesure où il leur épargne les coûts de transaction liés à des autorisations partielles. Le contrat de représentation général et la clause forfaitaire semblent particulièrement adaptés dans leurs principes aux enjeux de licitation des autorisations de masse dont ont besoin les infomédiaires – accès à un répertoire, absence d'exclusivité, durée temporaire. La difficulté relative au contrat général de représentation ne tient pas tant à son existence qu'à la volonté de certains opérateurs de s'y soustraire, estimant soit qu'ils relèvent d'un régime d'exonération de responsabilité qui les en dispense, soit qu'ils utilisent des éléments qui sont sous le seuil de la protection.

Gestion collective obligatoire. Flux. Retransmission simultanée sans changement. Une autre solution existe dans l'arsenal législatif pour faire face au besoin de traitement de masse d'œuvres ; il s'agit de la gestion collective obligatoire, activée par exemple dans la directive 93/83 en cas de diffusion simultanée par câble. Cette option est en voie d'extension dans la proposition de règlement dit « câble/satellite »³⁰⁹, encore en cours de discussion, dont l'article 3 prévoit l'application de la gestion collective obligatoire pour les retransmissions autres que par câble, des programmes de télévision ou de radio.

Ces deux dispositifs, auxquels on peut ajouter la licence légale relative à la radiodiffusion des phonogrammes du commerce, constituent des réponses appropriées aux besoins de simplification du mécanisme d'autorisation ou de licitation des droits pour l'utilisation massive d'œuvres ou autres objets protégés lors d'une diffusion en flux, le système de l'autorisation préalable individuelle étant alors impraticable. Ils peuvent être mobilisés pour faire face aux traitements de données massives pour lesquels importe davantage la quantité d'éléments que leurs caractéristiques individuelles et la facilité de puiser dans un gisement de données selon une périodicité qui peut être contractuellement définie. Leur mise en œuvre nécessite cependant une évolution des positions respectives des acteurs et une adaptation du système aux flux de données et de contenus dont tous ne relèvent pas du droit de la propriété littéraire et artistique.

La détermination du volume de la diffusion n'entre en principe pas en ligne de compte dans le déclenchement du droit exclusif. Toutefois, plusieurs règles appréhendent ces effets de seuil, soit pour s'attacher à la quantité des objets utilisés, notamment en ce qui concerne les exceptions visant les citations ou les extraits, soit pour appréhender le volume des personnes destinataires.

Ces effets de seuils ou de flux devraient conduire à adapter les modalités d'exercice des droits, notamment en privilégiant des solutions pragmatiques et globales pour faciliter la licitation des droits dans le cas d'usages de masse, inspirées de formules existantes telles que le contrat de représentation général, la gestion collective obligatoire ou la licence légale.

³⁰⁸ V. arrêt CJCE, 13 juillet 1989, Tournier. Sur cette question, v. notamment rapport du CSPLA sur la gestion collective transfrontière des œuvres musicales en ligne.

³⁰⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines diffusions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions d'émissions de télévision et de radio, 14 septembre 2016, 2016/0284 (COD).

2.5. Les œuvres et objets protégés traités en tant que « capital informationnel »

Déplacement de la valeur des objets protégés. La numérisation a induit un phénomène d'indifférenciation des contenus lié à l'unicité de la convention d'écriture et, de ce fait, permet un traitement des objets protégés en tant que purs objets « informationnels ». Le phénomène n'est pas nouveau car il remonte à l'utilisation de l'informatique. Il prend toutefois une ampleur inédite avec la sophistication des outils et la disponibilité d'un grand nombre d'informations dans un format numérique. Tout particulièrement, des procédés d'identification et de repérage qui ne sont pas nécessairement perceptibles pour les humains offrent des perspectives nouvelles d'usage des œuvres et autres objets protégés, tel que le *text & data mining* qui a pour but de produire des modèles, des tendances, des corrélations.

Les données factuelles, sous-jacentes et les données périphériques. La capacité d'exploration des objets protégés via des outils numériques engendre également un nouveau questionnement : en effet, ils ne constituent pas seulement des gisements de données « factuelles³¹⁰ » correspondant à un contenu identifiable à partir de l'objet protégé mais aussi un gisement de données sous-jacentes ou de données annexées dont la valeur est celle qu'affectionnent les opérateurs de référencement ou d'indexation. L'ensemble des informations *contenues dans* les objets protégés ou *produites à l'occasion* de leur usage constitue un gisement de valeur économique, l'enjeu étant d'associer les titulaires à leur partage. Il convient par conséquent d'envisager l'aptitude du droit de la propriété littéraire et artistique à saisir cette valeur sous-jacente dans le respect des libertés d'information et du droit du public à l'information.

➤ L'utilisation des œuvres et objets protégés en tant qu'objets informationnels

En principe, l'usage « informationnel » d'objets protégés n'exonère pas d'autorisation. Dès lors que l'objet est protégé par le droit de la propriété littéraire et artistique, il n'existe pas véritablement de différence de traitement selon la nature de l'usage. On ne trouve, par exemple, aucune règle selon laquelle l'usage à titre d'information d'une œuvre légitimement protégée ne relève pas de l'autorisation des titulaires. Ainsi, quelle que soit la destination de son emploi, ces derniers ont vocation à contrôler son exploitation et participer à la création de valeur associée à cet usage.

Cependant, dans une approche classique, l'acte d'usage final, à savoir la « consommation » de l'œuvre et de son capital informationnel échappait à l'emprise du droit exclusif. Dès lors que le support avait été mis en circulation, la possibilité de jouir à titre intellectuel du « contenu » de l'objet protégé par un individu échappait à toute revendication à ce titre. Or, cette libre jouissance est désormais entravée dans l'univers numérique, dès lors qu'elle donne prise à un acte de reproduction nécessaire à la simple lecture de l'objet, sur le modèle des « licences » développées en matière de logiciel, lequel acte de reproduction fonde l'exercice du droit exclusif. Cette emprise accrue n'est pas sans renouveler la question de la conciliation de la logique propriétaire avec les libertés fondamentales. En l'état, seules certaines exceptions et quelques décisions jurisprudentielles s'attachent à opérer ladite conciliation.

La finalité d'information dans les exceptions. Le code de la propriété intellectuelle ménage, au sein des exceptions, des espaces de liberté d'utilisation des objets protégés, dès lors que cette utilisation s'inscrit dans une finalité d'information. Le code la vise expressément dans l'exception d'analyse ou de courte citation, dont la condition est qu'elle soit justifiée par le « caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées » ; dans l'exception relative aux revues de presse dont la jurisprudence a précisé qu'elle s'inscrivait dans une finalité stricte d'information ; dans

³¹⁰ Nous reprenons ici les propositions de distinctions évoquées lors des auditions de la mission par Maître Lefranc et M. Kavannagh.

l'exception relative à « *la diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles* » et enfin dans l'exception relative à « *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.* » étant entendu que dans ce dernier cas, l'exception ne s'applique pas « *aux œuvres, notamment photographiques ou d'illustration, qui visent elles-mêmes à rendre compte de l'information* » et que « *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.* »

L'ensemble de ces dispositions ouvre une faculté d'usage des données factuelles contenues dans l'œuvre, de manière à pouvoir véhiculer les éléments nécessaires à la finalité d'information qui accompagne leur transmission. Il s'agit ici de pouvoir parler des œuvres ou autres objets protégés et d'en autoriser à cet effet la reproduction et la communication au public. On notera néanmoins que la tolérance légale est très strictement encadrée ; soit que le législateur exige qu'une partie seulement de l'œuvre soit utilisée, soit qu'il enferme l'utilisation dans la limite temporelle de « l'actualité ». L'exception relative aux catalogues des commissaires-priseurs, bien qu'elle admette la reproduction intégrale des œuvres impose néanmoins qu'elle soit opérée *avant* la vente et dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente. Aucun retraitage d'un tel catalogue ne pourrait intervenir après ladite vente judiciaire sans l'autorisation des titulaires.

Ainsi, le quantum comme la fraîcheur de l'information constituent des variables d'ajustement de son usage. Or il a déjà été souligné que les ratios d'utilisation sont susceptibles de faire varier le curseur de l'exception et du droit exclusif. Lorsque l'emprunt devient quantitativement significatif, le bénéfice de l'exception disparaît, l'approche volumétrique se conjuguant alors avec la finalité poursuivie. **Le fait que les opérateurs procèdent au traitement de grandes masses d'objets numériques est par conséquent susceptible d'évincer le jeu de l'exception nonobstant la finalité d'information de certains services.**

Application judiciaire de l'article 10 CESDHLF. Les juges judiciaires ont parfois estimé que le périmètre des exceptions légales était trop restreint pour accueillir certains usages fondés sur la liberté d'expression et/ou le droit du public à l'information³¹¹. Inauguré en France par une décision du TGI de Paris du 23 février 1999 à propos de la reproduction d'un tableau d'*Utrillo* à l'occasion d'un reportage relatif à l'exposition du peintre, l'application de l'article n'a toutefois pas été confirmée en appel³¹². Elle a ultérieurement provoqué l'insertion d'une disposition dédiée dans la loi du 1^{er} août 2006 pour couvrir ce type d'usage par une des exceptions ci-dessus énumérées. Le visa de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été repris de manière spectaculaire dans l'arrêt *Les Misérables*³¹³ à propos de la liberté de créer une suite d'un

³¹¹ Sur ce sujet, V.S. Dusollier, M. Buydens, Y. Pouillet, Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique, Bull. DA, Unesco, vol XXXIV, n° 4, 2000, p. 4. ; C. Geiger, Application de l'article 10 de la Convention EDH dans le domaine du droit d'auteur, JCP G, 2004, 21, 955 ; De la nature juridique des limites au droit d'auteur. Une analyse comparatiste à la lumière des droits fondamentaux, *Prop. Intell.* 2004, n° 13, p. 882 ; Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux), *D.* 2005, 38, 2683 ; A. Strowel, Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à la concordance pratique par les juges de Luxembourg, *RTDH*, 2014, 100, 889 ; J. Ginsburg, A. Lucas, Droit d'auteur, liberté d'expression et libre accès à l'information (étude comparée de droit américain et européen), *RIDA*, n° 29, juillet 2016, p 4-153

³¹² Cour d'appel de Paris, quatrième Chambre, section A, 30 mai 2001, Fabris contre France 2.

³¹³ C. Cass. 1^{ère} civ, 30 janvier 2007, n° 04-15.543

roman tombé dans le domaine public. Affirmé par la Cour européenne des droits de l'homme³¹⁴, ce mécanisme de conciliation est désormais régulièrement invoqué par le juge français, bien qu'essentiellement dans des affaires relatives à la liberté de création³¹⁵. Cette application est néanmoins soumise à l'aléa judiciaire et pose la question de l'anticipation par les opérateurs du test de proportionnalité des intérêts en présence. Elle n'offre donc pas, pour l'heure, une réponse satisfaisante à la question de la reprise de masse des contenus dans le cadre des traitements de big data, y compris lorsque cette reprise s'inscrit dans une finalité d'information.

La jurisprudence *Microfor*, acte I. Un équilibre entre droit exclusif et usage à titre d'information, dans la perspective de ces traitements informatiques a été recherché, dès le début de l'informatique documentaire, dans la jurisprudence *Microfor*, rendue, il est vrai avant l'adoption de la directive « base de données », mais dont il ne peut pas être affirmée qu'elle serait, depuis, devenue obsolète. Un long contentieux, opposant la société *Le Monde* et la société *Microfor* qui réalisait des index et résumés des articles du Monde et du Monde diplomatique a donné lieu à deux décisions spectaculaires de la Cour de cassation dont l'une, d'assemblée plénière. Dans le premier arrêt³¹⁶, la Cour avait jugé que l'article 40 de la loi du 11 mars 1957 (actuel article L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle) « *n'est pas applicable à l'édition, par quelque moyen que ce soit, d'un index d'œuvres permettant de les identifier par des mots-clefs* » ; et qu'il ne s'appliquait pas davantage à « ***l'analyse purement signalétique*** réalisée dans un but documentaire, exclusive d'un exposé substantiel du contenu de l'œuvre, et ne permettant pas au lecteur de se dispenser de recourir à cette œuvre elle-même³¹⁷ ».

Elle avait par ailleurs appliqué l'exception de citation, jugeant que le caractère d'information de l'œuvre citante justifiait en l'espèce le jeu de l'exception et ajouté que « *lorsqu'elle a un caractère d'information, ce qui était le cas de l'espèce d'après les constatations des juges du fond, la matière de l'œuvre seconde peut être constituée, sans commentaire ou développement personnel de son auteur, par la réunion elle-même et le classement de courtes citations empruntées à des œuvres.* »

La jurisprudence *Microfor* par l'Assemblée plénière. Dans l'arrêt d'Assemblée plénière rendu quelques années plus tard, en 1987³¹⁸, la Cour de cassation avait, dans un attendu de principe, estimé que « *si le titre d'un journal ou d'un de ses articles est protégé comme l'œuvre elle-même, l'édition à des fins documentaires, par quelque moyen que ce soit, d'un index comportant la mention de ces titres en vue d'identifier les œuvres répertoriées ne porte pas atteinte au droit exclusif d'exploitation par l'auteur.* » S'agissant des résumés, elle avait admis qu'ils puissent être qualifiés de « courtes citations » dès lors que ces résumés « *constitués uniquement de courtes citations de l'œuvre ne dispensant pas le lecteur de recourir à celle-ci, étaient indissociables de la "section analytique" de la publication par le jeu de renvois figurant dans cette section, et que cet ensemble avait le caractère d'une œuvre d'information* ».

Refoulement du droit patrimonial et moral à propos de l'activité d'indexation dans une édition des fins documentaires. La Cour de cassation a, de manière forte, établi que les pratiques d'indexation ne rentraient pas dans le champ d'application du droit exclusif. Elle a également jugé que le droit moral ne pouvait pas justifier l'interdiction, en soi d'une telle

³¹⁴ CEDH *Ashby Donald contre France* du 10 janvier 2013.

³¹⁵ Dernièrement, C. Cass, Civ. 1^e, 15 mai 2015, aff. *Klasen* n° de pourvoi 13-27391 et sur renvoi Cour d'appel de Versailles, 1^{re} chambre 1^{re} section, 16 mars 2018, n° 15/06029 ; C. Cass, Civ. 1^e, 22 juin 2017, *Dialogue des Carmélites* n° de pourvoi 15-28.467 et 16-11.759 ;

³¹⁶ C. Cass 1^e civ., 9 novembre 1983, n° de pourvoi 82-10005.

³¹⁷ La Cour de cassation avait alors cassé l'arrêt d'appel pour défaut de base légale pour avoir omis de rechercher « *eu égard à leur contenu et à leur finalité, quelle était la nature des "résumés signalétiques" litigieux* ».

³¹⁸ C. Cass. Ass. Plénière, 30 octobre 1987, n° de pourvoi 86-11918.

activité, un index étant, « **par nature, exclusif d'un exposé complet du contenu de l'œuvre** ». En l'absence d'erreurs dans la citation, le droit moral ne pouvait être activé, en dépit de la critique diligentée par le journal le Monde du caractère confus des juxtapositions d'extraits opérées. Ainsi, au terme des arrêts *Microfor*, ni les droits patrimoniaux, ni le droit moral ne peuvent, par principe, s'opposer à la réalisation d'une activité d'indexation dès lors qu'elle ne rentre pas dans le champ d'application du droit exclusif. Encore faut-il souligner que l'assemblée plénière a ajouté la condition que l'indexation, quelle que soit sa technique, soit réalisée dans le cadre d'une « **édition à des fins documentaires** ». Cette formule n'a pas davantage été explicitée depuis lors et pose la question de son adaptation aux activités d'indexation réalisées par des infomédiaires qui n'inscrivent pas nécessairement ces dernières dans une perspective d'édition à des fins documentaires."

Test de substitution concurrentiel pour l'activité d'analyse signalétique. Si l'exclusion de l'application du droit d'auteur à l'activité d'indexation semble s'inscrire dans le prolongement de la distinction entre idée et forme³¹⁹, celle de l'activité d'analyse à des fins signalétiques, (c'est-à-dire de fourniture d'une présentation synthétique du contenu auquel il est renvoyé) suppose que soit examiné un ratio concurrentiel. Lorsque l'analyse se substitue à la consultation de l'œuvre d'origine, en dispensant le lecteur de s'y rendre et en reprenant un exposé « substantiel » de celle-ci, elle rentre dans le cadre de l'autorisation préalable. En revanche, si elle ne remplit pas ce rôle substitutif, elle n'a pas à être autorisée par le titulaire de l'œuvre objet de l'analyse. Le rapprochement de cette solution avec les activités nouvelles des infomédiaires est délicat, comme en atteste les discussions afférentes au rôle des moteurs de recherche.

La problématique des moteurs de recherche. Deux approches de l'activité des moteurs de recherche s'opposent depuis quelques années. Pour certains³²⁰, cette activité se situe dans le droit fil de l'informatique documentaire et les liens qui permettent de se rendre vers l'œuvre d'origine s'apparentent ni plus ni moins qu'à des notes de bas de page facilitant l'intertextualité propre à internet. Loin de constituer des menaces, ils assurent une meilleure exposition des œuvres et autres objets protégés en générant du trafic entrant. Pour d'autres, eu égard à l'ampleur des éléments repris par les moteurs de recherche sur leurs propres sites, il existe un détournement de l'attention portée aux œuvres et autres objets protégés depuis leur source vers les moteurs, la consultation de ces derniers « dispensant » le lecteur, dans certains cas, de se rendre sur le site d'origine. Ainsi se rejouent les débats qui avaient présidé à l'adoption des décisions *Microfor* dans les années 80, à ceci près que certains moteurs de recherche détiennent aujourd'hui un pouvoir de marché considérable et, ont droit de vie ou de mort sur la visibilité de certains contenus lors de la navigation sur internet. La discussion s'est essentiellement portée en France sur les moteurs d'images, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris ayant considéré que les reprises d'images sous forme de vignettes n'excédaient pas ce qui est nécessaire à la fonction de recherche de l'outil³²¹.

³¹⁹ E. Ulmer, Les problèmes de droit d'auteur découlant de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans les systèmes automatiques d'information et de documentation, *Le DA*, février 1978, p. 67. « *Dans le cas de la méthode des index, la mémorisation et la récupération des données bibliographiques (auteur du texte, titre, éditeur, etc.) ne constituent généralement pas une atteinte au droit d'auteur sur les œuvres auxquelles se rapla portent ces données* » ; *Le DA*, n° 7-8 juillet-août 1979, p. 196 « *Le groupe de travail a été d'avis qu'il n'y avait pas d'atteinte lorsque les indications usuelles de l'auteur, du titre, de l'éditeur, etc (méthode des index) sont mises en mémoire sur ordinateur.* » ; F. Gotzen, Le droit d'auteur face à l'ordinateur, *Le DA* janvier 1977, p. 19 « *Restera libre la mémorisation d'index ou de tables qui ne contiennent que des données bibliographiques ou des mots-clés, car il n'y a pas alors reproduction des œuvres mêmes.* »

³²⁰ Notamment, J. Litman, *Digital Copyright* (April 1, 2017). Digital Copyright, Maize Books University of Michigan Press, 2017, ISBN 978-1-60785-418-0 ; SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1468400>.

³²¹ CA Paris, 26 janvier 2011, *SAIF c/ Google* : « une référence purement textuelle ou toute autre représentation conceptuelle serait difficile à utiliser et peu appropriée à l'objectif d'un tel service ; qu'en réalité un aperçu visuel tel que celui mis en place est pertinent comme étant seul de nature à permettre à un internaute normalement compétent, qui entend simplement rechercher une image (à l'aide de ses propres mots clés), d'être immédiatement et facilement en mesure de connaître les résultats de sa recherche de façon précise et d'opérer un choix. »

Il s'agit en réalité de conjuguer trois impératifs différents ; la légitime attente des utilisateurs, friands d'analyse « signalétique » leur permettant de guider leur navigation au sein d'une masse obèse d'informations ; le non moins légitime retour sur l'investissement opéré par les moteurs dans la recherche, la collecte, l'organisation et la présentation de ces informations et enfin, la revendication des titulaires de droits à ne pas être « désintermédiés » par les moteurs dans l'exposition de leurs œuvres et autres objets protégés, voire à être associés au profit que tire le moteur de cette exposition. Un début de réponse a été apporté par la législation française relative aux murs d'images, et l'idée a fait son chemin lors de la discussion de la proposition de directive DAMUN³²². Elle n'est en tout état de cause que très parcellaire et appelle des réflexions plus vastes.

La possibilité de recourir à l'exception de citation dans une œuvre d'information exclusivement constituée d'extraits. La jurisprudence *Microfor* a ouvert la voie à une acception très large de l'œuvre à caractère d'information et par conséquent, de l'exception de citation. Elle a établi que l'œuvre seconde pouvait n'être réalisée qu'à partir d'éléments constitués par les œuvres premières, rejetant ainsi l'idée que l'œuvre citante devait nécessairement être différente de l'œuvre citée dans une proportion où cette dernière ne serait que marginale. Toutefois, la jurisprudence subséquente n'a pas toujours suivi cette orientation, retenant souvent une acception très restreinte de l'exception de citation, surtout en matière musicale, audiovisuelle ou d'arts plastiques, ignorant la finalité d'information dans ces cas de figure. La doctrine, aussi, a pu être très critique à l'encontre de l'arrêt *Microfor*, tentant d'en limiter la portée. Il en résulte un paysage juridique dont la visibilité est obscurcie par les brumes de l'indécision.

L'approche fonctionnelle de la propriété intellectuelle. Tout aussi instable est la question de l'analyse fonctionnelle de la propriété littéraire et artistique qui s'invite dans le débat doctrinal et qui affleure, parfois, en jurisprudence³²³. Certains auteurs³²⁴ font valoir qu'à rebours de l'idée d'un droit absolu, héritier d'un droit naturel, le droit d'auteur (et a fortiori les droits voisins) sont des droits-fonction dont l'emprise et l'intensité doivent être mesurées à l'aune de la finalité sociale qu'ils ont à remplir. Cette logique a déjà conduit, en droit des marques, à considérer que le référencement d'une marque dans un moteur de recherche – *Google Adwords* - par voie de balises ne constituait pas un « usage de marque » propre à déclencher le droit exclusif³²⁵. Les arrêts *Être et avoir* et *Place des Terreaux*³²⁶, constituent, dans une moindre mesure, une illustration de cette approche, la Cour de cassation ayant jugé, dans le premier, que « *les illustrations ne sont à aucun moment présentées dans leur utilisation par le maître et font corps au décor dont elles constituent un élément habituel, apparaissant par brèves séquences mais n'étant jamais représentées pour elles-mêmes.* » et dans le second qu'il n'y avait pas lieu de demander une autorisation dans la mesure où l'œuvre n'était pas le sujet de la carte postale. Le droit du titulaire de l'œuvre s'efface alors derrière la fonction qui lui est assignée. Bien que l'influence de ce courant doctrinal s'accroisse, il demeure difficile d'en mesurer les effets sur la jurisprudence et surtout d'en tirer des conclusions opérationnelles pour la régulation des activités des infomédiaires. Ici encore la réflexion doit être intensifiée.

➤ **L'utilisation des informations contenues ou la valeur informationnelle inférée**

L'information sous-jacente et la fouille de textes et de données. La loi française a introduit en 2016 une nouvelle exception relative à la fouille de textes et données à l'alinéa 10 de l'article

³²² V. *infra*.

³²³ Sur cette question v. Rapport CSPLA, *Référencement*, p. 19 et suiv.

³²⁴ M. Vivant, Droit d'auteur et théorie de l'accessoire : et si l'accessoire révélait l'essentiel ? *JCP G* 2011 n° 28, p. 1360.

³²⁵ CJCE, 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, aff. Louis Vuitton.

³²⁶ C. Cass. 1^{er} civ., 15 mars 2005, dite « place des Terreaux ».

L 122-5 du code de la propriété intellectuelle au terme duquel l'auteur ne peut interdire « *Les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale.* » Cette disposition n'est pas encore entrée en vigueur, le Conseil d'Etat ayant rendu un avis défavorable à propos du décret d'application, en raison de la non-conformité de l'exception française avec la liste fermée des exceptions de l'article 5 de la directive 2001/29. L'activation de cette exception est tributaire de sa reconnaissance dans une directive d'harmonisation, montrant qu'en la matière les Etats membres ne disposent pas d'une marge de manoeuvre importante. Les modèles innovants fondés sur de nouvelles exceptions nécessitent, en effet, au terme d'une interprétation rigoureuse de l'acquis et des compétences, que l'Union européenne légifère.

➤ **L'information périphérique aux œuvres ou objets protégés : du traitement des données d'usage à la création « pilotée par les données »**

Profilé par les données de consommation des œuvres. Les données relatives à l'usage de contenus culturels et ludiques sont devenues un « *input* » déterminant dans l'économie de ces contenus. Les données et métadonnées relatives au temps et à la fréquence d'écoute ou de lecture, aux préférences et achats réalisés, pour n'en citer que certaines, peuvent tomber sous le coup de la qualification de données personnelles dès lors qu'elles permettent d'établir le profil précis d'un individu ; certaines pourront se révéler particulièrement intimes, alors que d'autres – à l'image des données de consommation des jeux en ligne – sont au contraire très sociales. Leurs sources sont également des plus diverses, comme le relèvent de récents travaux selon lesquels « *certaines sont créées très en amont, par les créateurs, les éditeurs, producteurs ou les sociétés de gestion (telle que la SACEM), d'autres sont enrichies par les diffuseurs. Elles peuvent en outre être produites algorithmiquement par des entreprises tierces ou créées par les utilisateurs eux-mêmes volontairement (tags, playlists, notes, commentaires)* »³²⁷. Le traitement de ces gisements de données constitue une véritable plus-value pour les distributeurs de ces contenus dans la mesure où ceux-ci permettent d'analyser les goûts et habitudes de leurs utilisateurs et, partant, d'améliorer leurs services et/ou proposer une offre personnalisée. Autant de données qui vont nourrir les outils d'assistance à l'utilisateur, à l'image des algorithmes de recommandation dont le fonctionnement permet aux distributeurs de contenus d'alimenter et de valoriser leur catalogue ou de réduire l'attrition des abonnements, à l'image de la plateforme de contenus audiovisuels Netflix³²⁸.

Pour l'heure, **aucun instrument de droit français de la propriété littéraire et artistique ne permet aux titulaires de participer à cette économie pilotée par la donnée, faute d'avoir accès aux données détenues par les infomédiaires. Cette situation constitue un handicap stratégique** pour les titulaires qui ne sont pas en mesure de développer des services innovants à partir de l'activité informationnelle générée par l'utilisation des œuvres et autres objets protégés.

³²⁷ CNIL, *Les données, muses et frontières de la création*, Cahiers IP Innovation et Prospective n°3, 2015, p. 16 avec une infographie dressant une typologie des données.

³²⁸ CNIL, *op. cit.*, p. 16 et p. 54 pour une description du fonctionnement des principaux algorithmes de recommandation.

La valeur informationnelle des œuvres et autres objets protégés ou des données qui les environnent est au cœur de l'économie de la donnée. Les subtils équilibres que tend à maintenir la propriété littéraire artistique entre le périmètre des droits exclusifs et la liberté d'expression donnent cependant lieu à des solutions complexes et précaires par leurs sources, de sorte qu'il est difficile d'appréhender simplement le sort d'activités essentiellement tournées vers cette valeur informationnelle comme l'indexation, le minage ou le référencement.

Les perspectives économiques ouvertes par l'économie de la donnée d'une part, et la nécessaire accessibilité des informations afin que certaines activités innovantes et d'intérêt public puissent s'épanouir appellent à clarifier l'état du droit sur ces questions, notamment à propos de l'indexation et du référencement dont la proposition de directive DAMUN ne traite que de manière marginale.

2.6. La recherche de nouvelles solutions au sein de la PLA pour répondre aux enjeux de l'économie et de la circulation de la donnée

Une évolution houleuse et fragile. Plusieurs activités sensibles liées au traitement de masse des données et contenus telles que l'exploration, l'agrégation, la sélection ont donné lieu à une évolution des instruments de la propriété littéraire et artistique visant à donner aux titulaires une forme de contrôle ou d'association financière sur ces activités. Ces dispositions, dont certaines sont encore en cours d'adoption à l'heure où ce rapport est écrit, donnent lieu à d'intenses controverses³²⁹ en raison des différentes conséquences qu'elles emportent sur la liberté d'expression, la fluidité de navigation et la capacité des opérateurs d'offrir de nouveaux services ; elles font également l'objet de campagnes d'influences particulièrement vives de la part de l'ensemble des acteurs - GAFAM, titulaires de droits, société civile -. Leur texture est non consensuelle et instable comme en témoignent les multiples versions des textes discutés mais également la mise en œuvre différée de certaines solutions nationales.

Sont mobilisées les diverses techniques présentes dans l'éventail des solutions de la propriété littéraire et artistique : extension des droits de propriété intellectuelle à de nouvelles activités pour de nouveaux bénéficiaires, mécanismes d'exception, gestion collective obligatoire, contrat forcé ou obligation de filtrage. Certains mécanismes visent à appréhender la valeur informationnelle des œuvres et objets protégés (2.3.1.), quand d'autres rationalisent les systèmes d'autorisation de l'utilisation des contenus dans une économie de la multitude (3.3.2.), ces deux objectifs s'interpénétrant largement.

2.6.1. L'appréhension de la valeur informationnelle

Les développements précédents ont montré une relative inadaptation des outils du droit de la propriété littéraire et artistique pour capter la valeur informationnelle des objets qu'elle protège et qui vont l'objet de services nouveaux d'indexation, de référencement, de fouilles, ou d'agrégation auxquels les titulaires peinent à être associés. De outils sont mis en place pour

³²⁹ Voir, par exemple, l'appel signé par 145 associations le 26 avril 2018 invitant le Conseil à revenir sur l'agenda d'adoption du texte et à en reconsidérer certains principes dont en France, l'ASIC, la Wikimedia France et le SYNTEC ; <http://copybuzz.com/fr/copyright/over-145-organisations-ask-council-to-stop-a-rushed-eu-reform/#signatories> , voir également l'appel de 47 universitaires du 17 octobre 2017 dont la teneur est explicitée dans The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform, *European Intellectual Property Review*, Vol. 40, Issue 3, 2018, pp. 149-163., par M. Senftleben ; C. Angelopoulos, G. Frosio, V. Moscon, M. Peguera ; O.A. Rognstad.

permettre à ces derniers de pénétrer ces marchés qui deviennent peu à peu essentiels dans une économie de la connaissance et de la donnée. Il s'agit de la création d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse (a), de l'exception de fouille de textes et de données (b) et du nouveau régime des murs d'images (c).

d) *La reconnaissance d'un droit voisin aux éditeurs de presse (et aux agences)*

Droit voisin des éditeurs de presse. Historique. Les éditeurs de presse ont milité en faveur de l'octroi d'un droit voisin leur permettant d'être associés aux nouvelles utilisations réalisées par les plateformes, agrégateurs, moteurs de recherche à partir des contenus de presse dont ils ont la responsabilité éditoriale. Cette revendication a été entendue en Allemagne et en Espagne, deux pays dans lesquels la loi nationale a instauré une prérogative de cette nature en leur faveur. Toutefois, le résultat a été peu probant dans la mesure où les principaux acteurs du référencement ont renoncé à reprendre les contenus de presse dans leurs services si le droit voisin devait être appliqué à leur activité. Sous cette menace, et en raison de la puissance de marché de ces opérateurs s'agissant de la visibilité des contenus de presse, les éditeurs ont renoncé à la mise en œuvre du droit et ont accepté de ne pas demander de royalties. Cette revendication a cependant rejailli à l'occasion de la discussion relative à la proposition de directive DAMUN³³⁰ l'étude d'impact ayant pris acte de l'échec d'une solution négociée sur une base volontaire entre les infomédiaires – agrégateurs, moteurs de recherche – d'une part, et les titulaires de droits – auteurs, éditeurs –, d'autre part.

Champ d'application du droit. Utilisation numérique. S'agissant du « droit voisin » des éditeurs de presse – intitulé « protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations numériques », il a subi plusieurs inflexions depuis la proposition initiale. Si la définition de la publication de presse (article 2 paragraphe 4) demeure presque inchangée³³¹, et continue à écarter les publications scientifiques de son champ d'application, l'étendue du droit et son opposabilité ont été profondément modifiés. En effet, les Etats membres doivent en principe conférer aux éditeurs de presse les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour « *l'utilisation numérique ou non de leurs publications de presse par des prestataires de service de la société de l'information* », les articles 5 à 8 de la directive 2001/29/CE et de la directive 2012/28/UE s'appliquant *mutatis mutandis* à ces prérogatives. Mais la durée de protection prévue initialement pour s'appliquer pendant 20 ans à compter du 1^{er} janvier qui suit l'année de la publication a été ramenée un an dans la version du Conseil et à cinq ans dans la version du Parlement.

Le champ d'application des activités éligibles est particulièrement large puisqu'il se rapporte de manière indéterminée à l'ensemble des « utilisations » possibles réalisées par les infomédiaires, soit une approche subjective et potentiellement évolutive des actes relevant du ressort du droit, en rupture avec les catégories traditionnelles de reproduction et de communication au public. Il réserve néanmoins, dans le dernier état connu du texte, l'utilisation légitime, à titre privé et non commercial par des utilisateurs particuliers. Le bénéfice du droit a également été étendu, dans le dernier état du texte, aux agences de presse.

Champ d'application du droit. Liens. Dans la version finalement retenue par le Parlement européen, la protection ne s'applique pas non plus aux hyperliens qui ne sont accompagnés que de quelques mots. Cette question a été longtemps centrale dans les discussions, qui se sont focalisées sur le point de savoir si le lien devait être considéré comme une communication au public³³² et inclus dans le périmètre du nouveau droit voisin. La potentielle restriction à la liberté de lier a fait l'objet d'une bronca à l'encontre de la disposition. La version soumise pour

³³⁰ Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique 14 septembre 2016, 2016/0280 (COD)

³³¹ Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique 14 septembre 2016, 2016/0280 (COD)

³³² CJUE, 14 juin 2017 *Stichting Brein c/ Ziggo BV*, aff. C- 610/15.

discussion au Parlement le 12 septembre exclut désormais la référence à l'acte de communication au public et par conséquent, sort les liens hypertextes accompagnés de quelques mots du champ d'application du droit. A contrario, dans le cas où le ratio d'utilisation de la publication de presse dépasserait ce seuil *de minimis*, le lien ou, devrait-on dire, le système de référencement serait couvert par le droit exclusif.

Parties de la publication de presse. Informations factuelles. S'agissant de l'utilisation des **parties** de la publication de presse, de fortes incertitudes demeurent. La version du Conseil laissait une importante marge de manœuvre aux Etats membres, pour déterminer ce que constitue une partie non substantielle d'une publication, en se référant soit à un critère d'originalité, soit à un critère de taille, soit aux deux. Quant à la version du Parlement européen, elle reste muette sur le sujet, comme la proposition initiale de la Commission. En revanche, elle précise clairement que les « informations factuelles » ne sont pas couvertes par ce droit et que quiconque peut rapporter les informations factuelles qui figurent dans les publications de presse.

Articulation des droits respectifs sur les publications de presse. Le texte de la proposition directive énonce également que « *les droits reconnus aux éditeurs laissent intacts et n'affectent en aucune façon les droits conférés par le droit de l'Union aux auteurs et autres titulaires de droits, à l'égard des œuvres et autres objets protégés inclus dans une publication de presse. Ces droits sont inopposables aux auteurs et autres titulaires de droits et, en particulier, ne sauraient les priver de leur droit d'exploiter leurs œuvres et autres objets protégés indépendamment de la publication de presse dans laquelle ils sont inclus* ». Ceci, sans préjudice d'éventuels accords contractuels passés entre les éditeurs et les autres titulaires. Par ailleurs, lorsqu'une œuvre ou un autre objet protégé est incorporé dans une publication de presse sur la base d'une licence non-exclusive, les droits de l'éditeur de presse ne peuvent pas être invoqués pour empêcher l'usage par d'autres utilisateurs autorisés. Ils ne peuvent pas non plus être invoqués pour empêcher l'utilisation d'œuvres ou d'objets dont la protection a expiré.

Quelle part pour l'auteur ? S'agissant des relations entre éditeurs de presse et auteurs des éléments contenus dans la publication de presse, la proposition de directive s'efforce d'établir un rapport d'équilibre pour éviter que les journalistes ne soient en définitive les perdants de la consécration de droit nouveau. A ce titre, le principe de non affectation du droit d'auteur par les droits voisins est rappelé en filigrane dans les considérants (considérant 35). En théorie donc, le droit de l'éditeur de presse ne va pas au-delà du droit des auteurs sur leurs contributions et ces derniers sont libres de se livrer à une exploitation autonome et éventuellement concurrente de leurs œuvres. Il est également prévu que les auteurs doivent bénéficier d'une « *part appropriée des nouvelles recettes* ».

Toutefois, la relation économique avec les infomédiaires risque d'engendrer une baisse de la part auteur puisque l'éditeur va négocier à prix constant (ou presque) avec eux à la fois le droit d'auteur des auteurs (sur les parties originales) et son droit voisin. Il en résulte que, en dépit des précautions prises par la directive, les auteurs risquent de voir le montant des rémunérations liées aux exploitations numériques de leurs œuvres réduire, d'autant que le texte prévoit la possibilité pour les éditeurs d'être associés aux rémunérations découlant des compensations versées aux auteurs au titre des exceptions.

Partage de valeur avec les infomédiaires ? Plus généralement, il est loisible de se demander si, en France, le droit voisin sera en mesure de contribuer à un rééquilibrage des forces en présence entre les producteurs de la valeur et les infomédiaires, selon la ratio legis énoncée dans l'exposé des motifs de la proposition de directive ? Lors des auditions menés par la mission, certains agrégateurs de presse ont fait valoir qu'ils sont déjà entrés en négociation contractuelle avec les éditeurs en vertu des droits d'auteur dont ils sont

cessionnaires- notamment au titre de la présomption de cession prévue par la loi HADOPI II - et qu'ils ne sont pas disposés à payer davantage au titre du droit voisin autonome dont jouirait l'éditeur après l'éventuelle adoption de la directive. Ainsi, il n'est pas certain que le droit voisin dans sa version actuelle apporte un gain effectif aux éditeurs de presse par rapport à leur situation de cessionnaire de droit d'auteur.

S'agissant des infomédiaires qui refusent d'assujettir leurs opérations de *crawl* et de référencement à l'autorisation préalable des titulaires de droit – au titre du droit d'auteur notamment – il est douteux que la création d'un droit supplémentaire change quelque chose à leur détermination et que la menace déjà actionnée en Allemagne par Google à l'égard des éditeurs de presse allemands ne soit pas réitérée avec les mêmes résultats, en dépit de l'effet d'échelle recherchée par l'harmonisation. A supposer que les opérateurs se plient finalement à ce nouveau droit, certaines voix font valoir que la nouvelle donne conduira à des effets d'éviction des petits acteurs locaux au profit des grands infomédiaires mondiaux qui seront en capacité de faire face à la revendication des éditeurs et de négocier les termes de l'autorisation d'une manière qui leur sera favorable. Si cet effet anticoncurrentiel est éventuellement à craindre, il faut néanmoins noter qu'il est déjà à l'oeuvre aujourd'hui dans le secteur de la presse dans un sens différent et que les opérateurs spécialisés dans l'activité d'agrégation de presse se plaignent précisément de subir une concurrence déloyale des moteurs de recherche.

Protection alternative par les bases de données ? Au regard des incertitudes qui entourent l'adoption du droit voisin, les éditeurs de presse peuvent également s'appuyer sur le droit des bases de données pour fonder leur pouvoir de négociation avec les infomédiaires. Comme il a été déjà vu dans la première partie, la définition très accueillante de la base de données consacrée par la jurisprudence de la CJUE permet de traiter comme telle n'importe quelle oeuvre pourvu qu'on puisse attribuer une valeur autonome à l'élément figurant dans l'oeuvre au terme de son extraction. Par conséquent, la publication de presse, envisagée comme une collection d'oeuvres, d'objets ou d'autres éléments peut endosser la qualification de base de données, notamment au regard des process d'extraction utilisés par les infomédiaires. La démonstration de l'originalité de la base sera alors requise pour jouir de la protection par le droit d'auteur, au sens où elle a été établie par la jurisprudence *Infopaq*. Il est également loisible, à partir de cette même définition de la base de données, de revendiquer un droit *sui generis* du producteur de la base, ce que l'éditeur de presse sera le plus souvent.

Le récent rapport de la Commission européenne sur l'évaluation de la directive « bases de données », bien qu'il ne conclue pas à la suppression de ces droits dresse néanmoins un bilan sévère de son efficacité et de son adaptation à la nouvelle donne économique. En excluant des investissements éligibles à la protection ceux qui sont dédiés à la création de la donnée, il écarte un nombre croissant de base de données produites dans le cadre de la nouvelle économie³³³.

Contrôle d'accès des fichiers. Enfin, comme en témoigne d'ores et déjà la pratique, les éditeurs peuvent négocier en vertu de la mise à disposition des fichiers – supports de l'information, laquelle s'opère en principe à l'issue d'un traitement de la publication de telle sorte à ce qu'elle soit facilement traitable pour les infomédiaires – format du fichier, méta-données -. Les contrats conclus avec les agrégateurs de presse contiennent déjà ces deux volets : délivrance des fichiers d'une part, licence d'exploitation des éléments figurant dans les publications de presse, d'autre part. Les deux parties du contrat étant éminemment interdépendantes, la question des seuils de protection légale n'est, en général, pas discutée puisque l'infomédiaire est tenue de négocier une licence pour l'ensemble des contenus –

³³³ Sur l'inadéquation de la protection aux enjeux de l'économie de la data, v. Rapport, p. 35 et suiv.

originaux ou non, témoignant d'un investissement ou non – pour accéder au flux nécessaire au traitement et à l'élaboration de nouveaux services.

e) *L'exception de fouille de textes et de données*

Exception(s) de « fouille de textes et de données ». Initialement considérée comme un enjeu mineur, la question du « text & data mining » est devenue essentielle dans la discussion de la proposition de directive DAMUN. Rappelons que l'exception française adoptée par la loi pour une République numérique est actuellement gelée³³⁴ en attente de l'adoption de l'exception au niveau de l'Union³³⁵. La proposition a progressivement accueilli l'extension du périmètre de l'exception, voire de son dédoublement en raison des enjeux économiques majeurs liés à cette activité de « minage » définie comme une technique d'analyse automatique ayant pour objet d'analyser des textes et données dans un format numérique afin de produire de l'information telle que des modèles, tendances et corrélations. Il s'agit désormais d'une part, de reconnaître une exception de fouille obligatoire à des *fins scientifiques* aux droits d'auteur et au droit *sui generis*, conformément au projet initial, et d'autre part, de prévoir que les États membres auront la faculté d'aménager une telle exception pour les usages d'intelligence artificielle.

Exception obligatoire et gratuite pour les actes de fouille à des fins de recherche. Jugée profitable à la communauté des chercheurs et ainsi susceptible de favoriser l'innovation, l'activité de fouilles de textes et de données est susceptible d'être contrariée par le droit de la propriété littéraire et artistique lorsque les opérations nécessaires à cette fouille entrent dans son champ d'application, ce qui n'est le cas, faut-il le rappeler, que si les objets visés sont protégés³³⁶. L'exception est jugée si importante par le législateur européen qu'elle est prévue pour être doublement obligatoire, à l'égard des États membres d'une part, qui n'auront pas le choix de ne pas l'adopter et des cocontractants d'autre part, qui ne peuvent l'écarter par une clause contraire. Elle est également prévue sans compensation.

Un débat important a lieu quant aux opérations éligibles. Certains amendements à la proposition de texte³³⁷ ont souhaité clarifier les actes qui ressortiraient du droit exclusif afin de mieux dessiner les contours de l'exception. Est ainsi opérée une distinction entre l'activité de lecture qui ne relèverait en tout état de cause pas du droit exclusif, et l'activité de « normalisation » lorsqu'elle implique une extraction d'une base de données ou des reproductions. En outre, l'exception s'applique sans préjudice du jeu de l'exception de copie

³³⁴ Article 38 de la loi du 7 octobre 2016, dont le décret d'application n'a cependant pas été pris, le Gouvernement préférant attendre la stabilisation du cadre juridique européen par l'adoption de la directive DAMUN.

³³⁵ D'autres législations ont cependant déjà introduit des exceptions de ce type : le Royaume-Uni, article 29 A de la LDA ; l'Estonie, article 19 paragraphe 3 de la LDA ; l'Allemagne, article 60 de la LDA.

³³⁶ Aucune autorisation n'est requise selon la proposition de directive pour de simples éléments factuels ou données non protégés.

³³⁷ Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM (2016)0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280(COD)), amendement 8 bis. « *Pour pouvoir mener à bien la fouille de textes et de données, il est, dans la plupart des cas, indispensable au préalable d'accéder à l'information puis de la reproduire. Ce n'est, en règle générale, qu'après avoir été normalisée que l'information peut être traitée au moyen de la fouille de textes et de données. Une fois l'accès légitime à l'information établi, c'est lorsque cette information est en cours de normalisation qu'a lieu l'utilisation protégée par le droit d'auteur, puisque la normalisation entraîne une reproduction par modification du format de l'information ou par extraction de l'information d'une base de données et conversion dans un format exploitable pour la fouille de textes et de données. Dans le cadre de l'utilisation de technologies de fouille de textes et de données, les processus qui sont pertinents du point de vue du droit d'auteur ne sont dès lors pas celui de la fouille elle-même, qui n'est rien d'autre qu'une lecture et une analyse d'informations normalisées au format numérique, mais le processus d'accès et celui par lequel l'information est normalisée pour pouvoir être analysée automatiquement par ordinateur pour autant que le processus implique d'extraction d'une base de données ou des reproductions. Les exceptions aux fins de la fouille de textes et de données prévues par la présente directive doivent s'entendre comme les exceptions aux processus visés par un droit d'auteur mais nécessaires pour permettre la fouille de textes et de données.* »

provisoire transitoire pour les techniques de fouille de textes et de données n'impliquant pas la confection de copies qui dépassent le champ d'application de ladite exception.

Bénéficiaires. L'un des points de controverse³³⁸ de l'exception a porté sur le caractère limité de ses bénéficiaires. La proposition initiale de la directive ne visait en effet pas une finalité de recherche mais des établissements de recherche. Bien que la référence au caractère public de ces organismes ait été supprimée, demeure l'idée que les « *résultats de la recherche ne profitent pas à une entreprise exerçant une influence déterminante sur ces organismes en particulier.* » Mais si la recherche s'inscrit dans le cadre d'un partenariat public-privé, l'entreprise participant à ce partenariat public-privé doit pouvoir avoir légalement accès aux œuvres ou autres objets protégés, ce qui semble un peu contradictoire. Ainsi, il est difficile de savoir quelle est l'étendue exacte des droits des personnes jouissant de l'exception. Il faut ajouter que seules les entités qui ont un accès licite aux objets minés sont éligibles à l'exception, ce qui n'est pas sans rappeler les conditions relatives à l'utilisateur légitime que l'on trouve en matière de logiciel et de base de données pour jouir des exceptions. Ainsi, la combinaison de l'exception avec le cadre contractuel d'accès aux œuvres nécessite d'être clarifiée d'autant que l'exception est d'ordre public. Enfin, l'étendue de l'exception ne saurait aller au-delà de son périmètre initial comme l'atteste l'obligation de sécurité des conditions de stockage des reproductions et extractions effectuées en vue de procéder à une fouille de textes et de données qui doit garantir que les copies ne seront utilisées qu'à des fins de recherche scientifique. L'exception obligatoire a toutefois été étendue aux organismes de gestion du patrimoine culturel de façon à ce qu'ils puissent réaliser et faire réaliser les opérations de minage des fonds et collections qu'ils conservent.

Exception facultative élargie. Suite aux critiques articulées à l'égard du caractère limité de l'exception, le Conseil a également introduit une exception élargie pour les reproductions temporaires et extractions d'œuvres et objets protégés qui constituent une partie du processus de fouille. Cette exception, adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 2018 (article 3 bis), qui vise l'ensemble des droits de propriété littéraire et artistique, y compris le nouveau droit voisin des éditeurs de presse, reste à la discrétion des États membres. Elle est prévue à la condition que l'utilisation des œuvres et des autres objets protégés qui seraient ainsi visés n'ait pas été expressément réservée par les titulaires des droits, notamment par des procédés de lecture par un ordinateur. Il pourrait être prévu une compensation équitable pour les titulaires de droits. Le flou qui entoure la disposition, le fait qu'il ne s'agisse pas d'une exception obligatoire pour les États membres et l'absence d'articulation avec l'exception de fouille à des fins de recherche donne une impression de précipitation qui rend l'ensemble peu cohérent. Elle n'indique pas davantage quel type d'association monétaire les titulaires peuvent escompter tirer du minage des masses d'objets dont ils détiennent les droits.

Contrôle d'accès. Un des points de discordance quant à l'effectivité de l'exception tient au maintien d'un contrôle d'accès dont il est expressément prévu qu'il peut consister en l'application de mesures qui assurent la sécurité et l'intégrité des réseaux et des bases de données où les contenus minés sont hébergés. Nombre de détracteurs de la disposition font également valoir que l'articulation de l'exception avec les mesures techniques de protection n'a pas été prévue – contrairement aux exceptions figurant dans l'article 6 de la directive 2001/29 -, de sorte que les titulaires de droit demeurent techniquement maîtres de l'accès et déterminent de ce fait, la mesure de l'accès licite conditionnant l'exception. Ainsi, en dépit d'une affirmation du caractère nécessaire d'une telle exception pour la recherche et l'innovation, son bénéfice demeure tributaire d'un contrôle technique d'accès aux mains des ayants droit. Le contrôle d'accès est également aménagé dans le cadre de l'exception

³³⁸ M. Kretschmer, T. Margoni, Data mining : why the EU's proposed copyright measures get it wrong, The Conversation, 24 mai 2018.

facultative, rendant délicat l'exercice d'une « exception », sauf à pouvoir bénéficier d'un accès parallèle aux informations.

f) *Le régime des murs d'images*

Gestion collective obligatoire. Régime des murs d'images. Dans le long contentieux qui a opposé Google à la SAIF³³⁹ à propos des murs d'images, des opérateurs puissants ont invoqué les règles du *fair use* américain³⁴⁰ ou les régimes allégés de responsabilité de la LCEN pour tenter de se soustraire à l'autorisation des titulaires de droits sur les images reprises sous forme de vignette dans les moteurs de recherche d'images. Quelques années après ce contentieux, le droit français est venu apporter une réponse à l'utilisation de masse des images dans les moteurs de recherche. La loi du 7 juillet 2016 a intégré dans le code de la propriété intellectuelle un système de gestion collective obligatoire figurant aux articles L. 136-1 à L. 136-4 dudit code.

Tout particulièrement, l'article L. 136-2 dispose que la publication d'une œuvre d'art plastique, graphique ou photographique à partir d'un service de communication au public en ligne emporte la mise en gestion, au profit d'un ou plusieurs organismes de gestion collective, du droit de reproduire et de représenter cette œuvre dans le cadre de services automatisés de référencement d'images. A défaut de désignation par l'auteur ou par son ayant droit à la date de publication de l'œuvre, un des organismes agréés est réputé gestionnaire de ce droit.

Ces organismes agréés sont seuls habilités à conclure toute convention avec les exploitants de services automatisés de référencement d'images aux fins d'autoriser la reproduction et la représentation des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques dans le cadre de ces services et de percevoir les rémunérations correspondantes fixées selon les modalités prévues à l'article L. 136-4. Les conventions conclues avec ces exploitants prévoient les modalités selon lesquelles ils s'acquittent de leurs obligations de fournir aux organismes agréés le relevé des exploitations des œuvres et toutes informations nécessaires à la répartition des sommes perçues aux auteurs ou à leurs ayants droit. La France a donc opté pour la qualification d'un acte d'exploitation mais a choisi une solution pragmatique visant à réduire les coûts de transaction de l'autorisation pour un répertoire global.

Cacophonie européenne... en voie de résolution ? Elle se place, à ce titre dans une perspective très différente d'autres systèmes nationaux au sein de l'Union européenne qui ont considéré, soit que le droit d'auteur n'avait pas à s'appliquer en raison de la taille des vignettes – décision de la Cour Suprême autrichienne du 20 septembre 2011³⁴¹ -, soit qu'il existait un consentement implicite à la reprise des images sous forme de vignette par la mise en ligne. La Cour suprême fédérale allemande a, par exemple, jugé dans deux arrêts retentissants *Vorschaubilder* (I et II) du 29 avril 2010 que la mise en ligne sans restriction technique devait s'interpréter comme un consentement implicite à l'indexation par un moteur de recherche et, ce même si le site auquel renvoie le moteur de recherche héberge l'œuvre de façon illégale. Cette tendance a été confirmée dans un arrêt de la même juridiction du 21 septembre 2017 *Vorschaubilder III* ou *Backlink* jugeant que la présomption de connaissance de l'illicéité du contenu auquel conduit le lien pour les opérateurs agissant à titre lucratif ne s'applique pas aux moteurs de recherche en raison de l'importance de ces derniers pour le fonctionnement d'internet.

Cette divergence quant à la manière d'appréhender le traitement de masse d'œuvres dans des formats de restitution réduits, visant des usages « informationnels » ou « signalétiques »,

³³⁹ Sur l'historique de cette affaire, v rapport au CSPLA, *Le référencement des œuvres sur internet*, 2013, p. 25 et suiv.

³⁴⁰ V. *Kelly v Arriba Soft Corp* 336 F 3d 811 (9th Circuit 2003) et surtout *Perfect 10 v Amazon*, 508 F 3d 1146 (9th Circuit 2007). V également, Th. Maillard, Le(s) statut(s) des moteurs de recherche, Dalloz IP/IT 2016, p. 177.

³⁴¹ *GRUR Int.* 2012, 817.

à propos de prérogatives qui sont réputées être harmonisées par le droit de l'Union, justifie de rapprocher les positions afin d'inscrire cette problématique dans une perspective commune. Cette réflexion est d'autant plus importante que la décision *Soulier & Doke* est source d'incertitudes quant à la légalité européenne d'un système de gestion collective obligatoire qui n'aurait pas été prévu dans une directive d'harmonisation.

Intervenu en cours de débat, la proposition d'instaurer un mécanisme similaire a été adoptée par le Parlement européen, à propos de « *services automatisés de référencement d'images* »³⁴². Une nouvelle disposition intégrée dans la proposition DAMUN impose de conclure avec les titulaires de droit des accords de licence leur garantissant une « *juste rémunération* » sans détailler davantage les modalités de celle-ci, si ce n'est pour indiquer qu'elle peut être gérée par un organisme de gestion collective.

Malgré sa relative imprécision, ce texte devrait conforter la loi française au regard de la jurisprudence *Soulier & Doke*, et permettre ainsi sa mise en œuvre et peut-être réduire l'écart entre les interprétations extrêmement diverses de ces pratiques prospérant parmi les Etats membres. Il n'a, en tout état de cause, qu'un objet très limité et ne permet pas de résoudre de manière plus large la question de la légitimité de l'intervention des titulaires de droits dans les activités de référencement et d'indexation de leurs œuvres et autres objets protégés.

La question de la valeur informationnelle des objets protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique est devenue centrale dans les textes récemment adoptés ou en cours de discussion. En raison des principes traditionnels de distinction entre l'information et la forme, il a été nécessaire d'adopter de nouveaux outils transcendant cette distinction, à l'instar du droit voisin des éditeurs de presse sur les publications de presse qui se détache des critères d'œuvres et d'originalité et de l'exception de fouille de textes et de données, conçue pour autoriser les activités de minage nécessaires à l'activité scientifique du XXIème siècle.

L'adoption dans la proposition de directive DAMUN, d'une exception facultative de fouille plus large que celle reconnue à des fins de recherche constitue un enjeu majeur de l'économie de l'intelligence artificielle et supposera un examen attentif des équilibres à établir entre une juste rémunération des titulaires et la liberté du commerce et de l'industrie, notamment sur le marché des services dérivés des activités de minage où la valeur produite est difficilement rattachable au corpus des objets minés.

L'association des titulaires de droit à l'activité d'indexation et de référencement de leurs œuvres et autres objets protégés constitue également un défi important dans une société où l'information sur l'œuvre ou autour de l'œuvre tend à avoir une valeur croissante et est la condition d'une libre circulation informationnelle. Une première réponse, parcellaire, a été fournie avec l'adoption d'un régime de gestion collective obligatoire pour les murs d'images dont l'activation dans la loi française demeure, en attente d'une validation européenne qui affleure dans la proposition de directive DAMUN.

Le chantier du traitement des liens et autres outils signalétiques demeure toutefois à bâtir comme en atteste l'instabilité du régime des liens au sein de la jurisprudence de la Cour de justice et dans le droit voisin des éditeurs de presse.

³⁴² Articles 13 *ter* et 2.1.4 *quinquies* pour la définition de ces services.

2.6.2. La centralisation des autorisations dans une économie de la multitude

La plateformes de la diffusion des contenus pose la difficulté de saisir, à des coûts raisonnables, les actes d'exploitation qui ont lieu de manière éclatée par une multitude d'entités au statut variable. La propriété littéraire dispose des outils de centralisation des autorisations du côté des ayants droit avec les mécanismes de gestion collective mais le problème se pose de l'identification des « co-contractants », dès lors que certaines plateformes revendiquent un statut d'immunité. En faisant sauter le verrou du régime du prestataire d'hébergement, la proposition de directive DAMUN opère une révolution copernicienne dans l'organisation des relations contractuelles, en permettant une « centralisation » des mécanismes d'acquisition des droits (a). Ce phénomène s'accompagne d'un allègement de la responsabilité de certains opérateurs, amateurs, dont les pratiques d'usage sont désormais « licitées » par les intermédiaires qui exposent les contenus (b). Un tel processus occasionne une rupture avec les équilibres insatisfaisants qui avaient été trouvés jusqu'ici, à savoir la combinaison d'une relation contractuelle au fondement incertain avec la mise en place d'instruments de filtrage. La question du maintien d'une telle solution dans le nouvel environnement demeure toutefois posée (c).

d) La centralisation de l'autorisation auprès de la plateforme

Mise en place d'un régime ad hoc. Comme il a été vu précédemment, la proposition de directive DAMUN reconsidérerait, initialement, le régime de responsabilité des plateformes afin de les impliquer davantage dans la lutte contre la contrefaçon en mettant en place des outils de « filtrage » d'une part, et de les inciter à conclure des licences collectives, d'autre part³⁴³. L'articulation de ces deux outils fait l'objet d'intenses discussions après que la proposition de texte a été retoquée par le Parlement européen lors d'un vote le 5 juillet 2018. L'évolution du texte atteste d'une valse-hésitation entre l'option d'appliquer pleinement et directement les principes de la propriété littéraire et artistique à des acteurs qui jusqu'alors s'étaient affranchis de ces obligations et celle de créer un régime *ad hoc*. La dernière version du texte a fait pencher la balance en faveur de la première option, certaines plateformes étant désormais soumises à l'obligation de négocier des accords, non pas sur une base contractuelle volontaire, mais en raison de l'application directe des droits exclusifs de propriété littéraire et artistique³⁴⁴ aux actes opérés par elles.

Prestataires de services de « partage » de contenus en ligne. Définition. Au terme de la proposition de directive, et lors de la discussion ont émergé plusieurs amendements visant à clarifier la qualité des opérateurs visés par le nouveau régime. Est apparue notamment la notion de prestataires de services de partage de contenus en ligne qui « engloberait » les prestataires de services de la société de l'information dont l'un des objectifs principaux consiste à stocker et à diffuser les œuvres ou les autres objets protégés qui ont été chargés par leurs utilisateurs, à les proposer au public et à optimiser les contenus, notamment en faisant la promotion des œuvres ou des autres objets protégés par le droit d'auteur qui ont été chargés en les affichant, en les affectant de balises, en assurant leur conservation et en les séquençant, indépendamment des moyens utilisés à cette fin, et donc en jouant un rôle actif. Sont ainsi énumérés plusieurs critères : il s'agit de prestataires de services de la société de l'information, **dont le but principal est de stocker et de diffuser des contenus protégés** par la propriété littéraire et artistique postés par des tiers, qui proposent ces contenus au

³⁴³ Dès Mai 2015, la Communication de la Commission « A digital Single Market Strategy », envisageait de « clarifier les règles sur les activités des intermédiaires s'agissant du contenu protégé par le droit d'auteur ». En 2016, lorsque la Commission publie sa communication sur les plateformes, elle confirme qu'elle n'envisage pas de toucher à la directive E-commerce mais qu'elle s'efforcera de proposer des solutions en vue d'aplanir les disparités du marché (« level the playing field »).

³⁴⁴ Voir en ce sens, le rapport au CSPLA de P. Sirinelli, J.-A. Benazerf et A. Bensamoun sur l'articulation des directives 200/31 et 2001/29, 3 novembre 2015 dont les recommandations étaient très proches du premier état du considérant 38.

public, les « optimisent » et jouent de ce fait, un rôle actif. L'optimisation pourra prendre des formes variées et non limitatives : promotion par affichage, balisage, conservation, séquençage.

Prestataires de services de partage de contenus en ligne. Exclusions. La définition des prestataires de services de partage de contenus en ligne n'englobe pas, au sens de la présente directive, les prestataires de services qui ne poursuivent pas une finalité commerciale, comme les encyclopédies en ligne, ni les prestataires de services en ligne si le contenu est chargé avec l'autorisation de tous les titulaires des droits concernés, notamment les répertoires scientifiques ou destinés à l'enseignement. Les prestataires de services de stockage en nuage à usage individuel qui ne proposent pas d'accès direct au public, les plateformes de développement de logiciels open source et les places de marché en ligne dont l'activité principale est la vente au détail de biens physiques en ligne ne devraient pas être considérés comme des prestataires de services de partage de contenus en ligne au sens de la présente directive. Les exclusions sont nombreuses et diverses.

Les acteurs visés par le dispositif. Approche quantitative ? Le texte s'adresse en premier lieu aux plateformes telles que *Youtube* qui est devenu un acteur incontournable³⁴⁵ de la distribution de contenus culturels en Europe. Le vocabulaire de « plateforme » n'est pourtant pas celui employé dans le texte initial qui lui avait préféré l'expression « *prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs* ». La référence demeure, le législateur étant attaché à ne saisir que certaines catégories seulement d'infomédiaires. Dans le corps de la disposition cette condition ne figure pas et on passe ainsi d'une approche par les volumes à une approche par la finalité -procurer un large accès -, indépendamment des quantités d'informations échangées, avec la conséquence que de plus petits opérateurs, sont susceptibles de se trouver à égalité de charge avec des acteurs plus importants. Afin d'amoindrir cet effet concurrentiel,³⁴⁶ le texte prévoit désormais que les micro-entreprises et les petites entreprises ne sont pas concernées par la disposition. Il précise également, dans son dernier alinéa que les bonnes pratiques à développer entre plateformes et titulaires doivent s'assurer que la charge pour les PME demeure « *acceptable* ».

³⁴⁵ Rapport de Joëlle Farchy et François Moreau au CSPLA, *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, Septembre 2016, p. 47 : « *Bien que les plates-formes d'hébergement soient massivement utilisées pour accéder à des contenus culturels, seule une part limitée et relativement modeste de leurs revenus publicitaires fait l'objet d'un reversement à l'amont de la filière (de l'ordre de 10% au niveau mondial et 20% dans le cas français).* » Plus précisément, l'étude établit que les contrats entre YouTube et les SPRD sont conclus sur la base du versement d'un pourcentage du chiffre d'affaires publicitaire global de la plate-forme de l'ordre de 5,5%. Ces dernières ne peuvent cependant pas s'assurer de la fiabilité du montant de l'assiette retenu car YouTube ne déclare pas ses recettes publicitaires en France. Dans le cas des contrats individuels conclus entre YouTube et des ayants droit, le reversement correspond depuis 2013 (contribution forfaitaire auparavant) à une quote-part des revenus publicitaires associés aux vidéos concernées. La base de répartition peut être estimée à 55% pour les ayants droit et 45% pour le site de partage. En France, en s'appuyant sur les auditions réalisées, la mission estime les revenus publicitaires de YouTube en 2014 à 80 millions d'euros. Sur la base des modalités de partage précédemment évoquées, YouTube reverserait environ 4,4 millions d'euros à l'ensemble des SPRD (80 × 0,055). Concernant les contrats individuels, la mission estime à 15,2 millions d'euros le montant du reversement aux ayants droit. Au total, la contribution de YouTube à l'amont des filières culturelles serait donc d'environ 19,6 millions d'euros en 2014, soit 24,5% du chiffre d'affaires publicitaire de la plate-forme cette même année.

³⁴⁶ ECS Opinion, préc. « *As with art. 11, we are concerned that proposed art. 13 will distort competition in the emerging European information market. The obligation for content platforms to implement "effective content recognition technologies" will privilege large incumbent platforms that have already successfully implemented such measures (such as YouTube), whereas entry to this market for newcomers may become all but impossible. The unforeseen effect of the provision may, therefore, be locking in YouTube's dominance in the EU.* » ; v. également, V.-L. Benabou, S. Gossens, Où en est le «value gap» ?, *Prop. Intell.*, octobre 2017, n° 65, pp. 6-11 : « *Quant aux entreprises technologiques, la plupart d'entre elles fustigent un mécanisme dont le coût exorbitant n'aurait pour effet que de consolider la position dominante des entreprises qui le sont déjà dans ce secteur tout en érigeant des barrières à l'entrée jugées infranchissables aux nouveaux entrants européens.* »

Prestataires de services de partage de contenus en ligne. Approche disruptive. Les définitions proposées ainsi que les exclusions du champ d'application témoignent d'une approche renouvelée et bousculent les raisonnements traditionnels du droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, la notion de « partage » de contenus est étrangère aux catégories usuelles des droits patrimoniaux. Il est également inhabituel d'exclure du champ d'application d'un droit une catégorie d'acteurs spécifiques, quelle que soit la justification de cette exclusion. Le mécanisme d'application du droit est en principe indifférent à la nature de l'activité de l'utilisateur/exploitant, leur spécificité étant prise en compte au stade des exceptions. Les exclusions énumérées à l'article 2 paragraphe 5 semblent bien avoir pour justification cette mise à l'écart de l'application des règles du droit d'auteur a priori³⁴⁷, réservant l'application de l'article 13 à la seule catégorie des plateformes d'échanges en ligne agissant à titre lucratif. L'objectif est certes d'assujettir les grandes plateformes qui tirent une partie de leurs revenus de l'exposition des œuvres et autres objets protégés, sans pénaliser d'autres acteurs dont l'activité est moins directement en prise avec cette exposition ou qui n'en tirent pas de revenus mais, l'énumération de catégories vagues ouvre la voie à ceux qui voudront se réclamer des exclusions en mettant en avant qu'ils opèrent un service de cloud privé ou qu'ils constituent également une place de marché. Pourra-t-on, en outre, après l'adoption du texte assujettir à autorisation l'activité d'un opérateur qui ne génère pas de revenus directs mais se sert du service de partage de contenus comme produit d'appel pour d'autres services ?

Les seules plateformes ? Par ailleurs, tel qu'il est libellé, le texte vise essentiellement les plateformes et semble laisser de côté l'activité de plusieurs prestataires tels que les moteurs de recherche, dès lors qu'elle n'est pas principalement dédiée à « *stocker et à diffuser les œuvres ou les autres objets protégés qui ont été chargés par leurs utilisateurs* ». En effet, les mécanismes de recherche et d'indexation des contenus objets de ces moteurs ne sont pas chargés par leurs utilisateurs mais bien volontairement traités directement par les moteurs.

Partage des données. La question du partage des données relatives à l'opération effectuée par la plateforme à l'occasion de l'utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé est stratégique pour les titulaires de droit, dans la mesure où il leur permettrait de garder une vision précise des conditions d'exploitation et d'adapter l'offre à la demande à l'issue d'un processus constant d'identification des préférences et de renouvellement des services. Sans cela, les titulaires ne pourront qu'être associés de manière marginale à l'économie de la donnée qui constitue un ressort de croissance essentiel. Ce point n'est abordé que de manière marginale dans la proposition de directive et les orientations prises, qui s'appuient sur le principe de minimisation de la collecte en matière de données à caractère personnel, ne vont pas dans le sens de ce partage. Il conviendrait d'intervenir sur ce point pour éviter que les titulaires ne soient exclus de l'information entourant l'utilisation des œuvres et objets protégés, dans le respect des droits des individus.

e) *L'autorisation pour compte d'autrui*

Licence « globale » ? L'autre innovation majeure du texte tient à ce que l'autorisation acquittée par la plateforme est présumée couvrir également les actes de communication au public opérés par les utilisateurs de la plateforme – comprendre ceux qui postent les contenus - dès lors qu'ils n'agissent pas à des fins lucratives³⁴⁸. Sur le plan du droit d'auteur, ce système

³⁴⁷ V. la note interinstitutionnelle de la présidence du Conseil au COREPER, du 23 avril 2018, 2016/0280 (COD), n° 8145/18 : “*The Presidency’s consolidated text defines online content sharing service providers in a targeted way (Article 2(5)). Taking into account the views of the majority of delegations during the discussions, the Presidency considers that at this stage there does not seem to be enough support to further target the services covered, in particular with a carve out of SMEs.*”

³⁴⁸ Recital 38 d) : Where online content sharing service providers obtain authorisations, including via licensing agreements, for the use on the service of content uploaded by the users of the services online, authorisations should also cover the copyright relevant acts in respect of uploads by the users but only in cases where the users

peut se réclamer d'une analogie avec l'arrêt *SBS*³⁴⁹ de la CJUE qui a considéré, à propos de l'injection directe, qu'il n'existait qu'un seul acte de communication au public relevant de l'autorisation dans le chef des seuls distributeurs finaux, à l'exclusion des organismes de radiodiffusion à l'origine de la diffusion.

Ce mécanisme de licence « globale » semble, en outre, rationnel dans la mesure où il opère une centralisation de la demande d'autorisation auprès de l'opérateur économique solvable, sans que les ayants droit aient à multiplier les coûts de recherche et surtout évite d'exposer des utilisateurs du service, peu au fait des mécanismes, à des procédures complexes et à un risque de sanction pénale à défaut de les avoir respecté³⁵⁰. L'articulation avec les exceptions demeure toutefois délicate, notamment dans la perspective de l'adoption d'une exception de « même ». Certes, la proposition de texte énonce que le mécanisme de l'article 13 aura vocation à s'appliquer nonobstant l'existence d'une telle exception mais une telle proposition est difficilement conciliable avec l'idée qu'il n'existe qu'un seul acte de communication au public. Elle ne résout pas non plus la question de l'application des autres exceptions. En outre, la gratuité de l'exception pourrait-elle avoir des répercussions sur le prix payé par la plateforme ?

Nouvelle exception de même ? Participe de cette « déresponsabilisation » des usagers des plateformes, l'exception dite de « même » décrite dans le dernier état du texte dans les considérants 21 et suivants. Lors de la discussion devant le Parlement relative à la directive DAMUN a été inséré un amendement visant à créer une nouvelle exception facultative au droit d'auteur, aux droits voisins y compris au droit voisin de l'éditeur de presse, et au droit *sui generis*, relative à l'« utilisation légitime de courts extraits et citations d'œuvres ou autres objets protégés par le droit d'auteur dans des contenus mis en ligne par les utilisateurs » qui serait d'ordre public. Il s'agit de prévoir une exception de citation pour les utilisateurs amateurs, personnes physiques agissant à des fins non commerciales qui intègrent des courts extraits et brèves citations d'œuvre ou autres objets dans une œuvre qu'elles ont mise en ligne, aux fins de la critique ou revue, de l'illustration, de la caricature, de la parodie ou du pastiche. L'exception ne concerne que des œuvres ou autres objets protégés ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, s'accompagnant d'une indication de la source, notamment le nom de l'auteur, sauf si cela s'avère impossible, et à condition que les extraits et citations soient conformes aux bons usages et utilisés dans la mesure justifiée par le but poursuivi.

Le texte prévoit par ailleurs que les plateformes ne pourront se prévaloir de l'exception pour limiter leur responsabilité ou l'étendue de leurs obligations dans le cadre des accords conclus avec les titulaires de droits, conformément à l'article 13 de la directive. Ainsi le bénéfice de l'exception serait réservé à l'acte d'introduction dans le processus de communication au public intervenant via la plateforme et ne concernerait pas l'acte de transmission effectué par la plateforme auprès du public.

« Contenus » amateurs. Usage transformatif ? L'exception nouvelle vise à couvrir les « bricolages » d'œuvres et autres objets protégés rendus possibles par les services de la société de l'information qui permettent à des individus d'accéder et de mettre à disposition des contenus « sous diverses formes et à des fins diverses telles que l'illustration d'une idée, la critique, la parodie ou encore le pastiche. Ces contenus peuvent inclure de courts extraits d'œuvres ou d'autres objets protégés préexistants que ces utilisateurs sont susceptibles d'avoir modifiés, combinés ou transformés. ». La disposition s'inscrit dans un objectif de fluidification de l'accès aux œuvres à des fins d'usage personnel dans un contexte de partage

act in their private capacity and for non-commercial purposes, such as sharing their content without any profit making purpose.

³⁴⁹ CJUE, 19 novembre 2015, *SBS*, aff. C- 325/14.

³⁵⁰ Un tel mécanisme avait été proposé dans le rapport au CSPLA sur les œuvres « transformatives » pour traiter les difficultés engendrées par les UCG « amateurs » sur la base d'un instrument ad hoc à créer et dans le rapport sur l'articulation entre la directive 2001/29 et 2000/29 rendu le 3 novembre 2015 sur le fondement du droit d'auteur.

sur les plateformes. Elle va au-delà de l'exception de citation puisqu'elle ne s'inscrit dans aucune finalité précise mais vise une utilisation courte et proportionnée d'une citation ou d'un extrait. L'évaluation du test en trois étapes servirait de variable d'ajustement, l'évaluation du préjudice devant prendre en considération « *selon le cas sur le degré d'originalité du contenu concerné, sur la longueur ou la taille de la citation ou de l'extrait utilisé, sur le caractère professionnel du contenu concerné ou sur le degré de dommage économique causé.* » Cette exception devrait être sans préjudice des droits moraux des auteurs de l'œuvre ou de tout autre objet protégé. Elle peut s'analyser comme une illustration d'un effet de vases communicants, la liberté ici acquise par les internautes venant équilibrer la prise en charge de leurs actes de diffusion par les plateformes. Il faut toutefois relever que le cadre de l'exception demeure

f) *L'alternative du filtrage*

Licence-filtrage. Le tandem de l'article 13 de la Directive DANUM³⁵¹. Le législateur a, durant le processus de discussion du texte, oscillé entre deux positions différentes mais peu conciliables. Au point de départ de la proposition, il était question essentiellement d'introduire un « *duty of care*³⁵² » visant à impliquer les plateformes dans une coopération pour lutter contre la contrefaçon en mettant en place des mécanismes de filtrage. La question du filtrage est désormais laissée à l'appréciation des parties.

Accumulation de critiques. La possibilité d'un filtrage demeure donc, même si le texte de l'article 13 n'en fait plus une obligation à la charge des plateformes, comme dans les versions antérieures. Ce mécanisme concentré, en effet, d'abondantes critiques émanant des GAFAM, d'acteurs de la vie civile ou universitaires³⁵³ mais également, de manière plus inattendue, de certains acteurs de la culture³⁵⁴ ou de parlementaires traditionnellement attachés à la défense des intérêts des titulaires de droits³⁵⁵. Beaucoup ont dénoncé le caractère potentiellement liberticide d'un filtrage généralisé de l'internet aux mains des plateformes, sous la houlette des ayants droit, au double mépris de la liberté d'expression et de création et de l'interdiction d'une obligation générale de surveillance figurant à l'article 15 de la directive commerce électronique.

Droits de la défense. Bien que beaucoup plus diffuse, la possibilité d'un filtrage n'a pas disparu sous le terme de « coopération » désormais inscrit dans l'article 13, et le fait qu'elle repose sur des mécanismes volontaires n'est pas de nature à faire taire les critiques ci-dessus énoncées. Elles peuvent cependant être tempérées par les nombreuses obligations mises à la charge des plateformes de prévoir des dispositifs de plainte et de recours effectif à l'intention des utilisateurs dont les contenus auraient été « *injustement retirés* ». Ces dispositifs doivent en outre permettre de procéder à un traitement rapide de la plainte, dont l'examen doit se faire par une personne physique (et non par une procédure algorithmique) ; au terme d'une plainte qui doit être justifiée par les ayants droit ; dans la garantie du respect des données à caractère

³⁵¹ V. Rapport de la mission d'étude sur les outils de reconnaissance des contenus protégés par le droit d'auteur sur les plateformes numériques, O. Japiot, L. Durand-Veil, CSPLA, 2017.

³⁵² L'article 13 paragraphe 3 de la proposition de la Commission établissait une obligation de coopération de ces prestataires visant à assurer l'effectivité des mesures d'identification et de filtrage des contenus définis dans les accords avec les ayants droit, le cas échéant sous la houlette des pouvoirs publics (paragraphe 3).

³⁵³ V. à ce propos la réaction de l'European Copyright Society, datant de 2017 <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf> : "Our Society is puzzled by the rather ambiguous text of Article 13 of the proposed DSM Directive, and unsure of its application. Furthermore, we do not understand how the proposed text relates to the existing provisions of the E-Commerce Directive (Directive 2000/31/EC), notably art. 14 (safe harbour for hosting service providers) and art. 15 (no general obligation to monitor)."

³⁵⁴ Dernièrement, la tribune de Pascal Nègre dans le Monde du 5 septembre, « Ne sacrifions pas la prochaine génération de musiciens ».

³⁵⁵ Next impact, 5 septembre 2018, Directive droit d'auteur : les compromis d'Axel Voss, la contre-proposition de Jean-Marie Cavada.

personnel ; et même, au-delà, de l'absence d'identification des utilisateurs. Les Etats membres doivent, de surcroît, prévoir des voies de droit permettant à ces derniers de faire valoir devant un juge ou un organe indépendant « le recours » à une limitation ou à une exception. Enfin, les bonnes pratiques à établir entre les parties doivent veiller à ce que « *le blocage automatique de contenu soit évité.* »

Les mécanismes de centralisation des autorisations permettent d'apporter une réponse utile à l'usage par la multitude. L'article 13 de la proposition de directive DAMUN apporte de ce point de vue deux innovations ; la première, sujet à controverses, tient à l'adaptation des mécanismes de périmètre de sécurité dont jouissent certains intermédiaires depuis la directive commerce électronique pour prendre en compte le caractère « actif » de certains d'entre eux ; la seconde, plus importante, est relative au mécanisme de licitation des usages par la plateforme pour le compte de ses utilisateurs, permettant à ces derniers, lorsqu'ils agissent à titre non professionnel, de ne pas devoir s'acquitter des obligations de demande d'autorisation préalable.

Dans ce contexte, les solutions de « blocage » et de « filtrage » doivent être entourées de garanties visant à en réduire les effets négatifs. A ce titre, les propositions de la directive DAMUN visent à instaurer des procédures permettant aux personnes victimes d'un filtrage abusif de faire valoir leurs droits de la défense auprès d'une personne physique, dans un cadre d'égalité des armes.

3^{EME} PARTIE : PROPOSITIONS

Les analyses tirées des deux premières parties de l'étude ont mis en exergue un certain nombre d'inadéquations persistantes du droit de la propriété littéraire et artistique pour répondre aux enjeux de l'économie de la donnée et de la distribution de masse des contenus et le caractère inopportun de la consécration d'un mécanisme de réservation *ad hoc* des données³⁵⁶. Sans ambitionner de résoudre l'ensemble des difficultés occasionnées par le surgissement de nouveaux modèles, services et acteurs, ce rapport se conclut par une réflexion prospective autour de trois axes complémentaires : institutionnel, culturel et économique. Améliorer les instruments de la propriété littéraire et artistique dans cette triple perspective suppose notamment d'ajuster le cadre institutionnel à l'environnement numérique et à l'économie de la donnée (3.1.) ; d'accompagner et non de subir la fluidification des œuvres et objets protégés pour qu'ils circulent de manière opportune dans cet univers (3.2.) ; enfin, de favoriser l'exploitation numérique des œuvres et objets protégés, tout en associant les ayants droit à la valeur créée (3.3.).

3.1. Ajuster le cadre institutionnel de la propriété littéraire et artistique à l'environnement numérique

Objectif Bruxelles. La Commission européenne issue des élections de 2014 a défini et mis en œuvre un « agenda numérique » d'une exceptionnelle densité qui a conduit à production normative d'une ampleur inédite. Les questions liées aux données et aux contenus numériques sont principalement traitées à Bruxelles, dans le cadre de la DG Connect qui a rattaché en son sein la direction en charge de la propriété littéraire et artistique, témoignant d'une convergence institutionnelle entre numérique et droit d'auteur. En dépit de cette intégration verticale, nombre de conséquences liées à l'interpénétration du numérique et du droit de la propriété littéraire et artistique n'avaient été ni identifiées, ni anticipées. Il convient donc d'exercer une vigilance accrue quant à cette approche globalisante, ce dont ont témoigné les pouvoirs publics français toute au long de la législature qui s'achève.

A ce titre, il convient de rappeler d'importantes évolutions au cours de cette période :

- la révision de la directive sur les services de médias audiovisuels a permis d'étendre certaines dimensions de la régulation audiovisuelle aux plateformes de partage de vidéos et aux médias sociaux, renforçant les obligations d'exposition d'œuvres européennes pour les services de vidéo à la demande et aménageant le principe du pays d'origine en permettant au pays de destination d'imposer des obligations de participation financière à la production ;
- à la différence de la proposition initiale de la Commission, le règlement sur le géoblocage finalement adopté ne porte pas atteinte aux règles sur le droit d'auteur et les droits voisins ;
- les travaux au Conseil sur la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenus numériques ont permis de clarifier l'articulation avec le droit de la propriété littéraire et artistique, toute atteinte à ce droit étant constitutive d'un défaut de conformité de la part du fournisseur, ouvrant droit à réparation pour le consommateur ; cette clarification demeure à confirmer en trilogue ;
- enfin, l'adoption par le Parlement européen le 12 septembre 2018 de la proposition de directive DAMUN, témoigne de la prise de conscience collective d'un nécessaire

³⁵⁶ V. supra sur la critique articulée à l'encontre du projet de propriété des données ou sur la réactivation de la directive 96/9 au-delà du champ d'application restreint où la CJUE l'a assigné.

rééquilibrage d'ensemble des relations entre infomédiaires et titulaires de droit, position que la France a porté lors des phases préparatoires du texte.

Améliorer l'organisation institutionnelle. En dépit de ce bilan, les auditions conduites par la mission ont montré l'existence de difficultés organisationnelles liées à la diversification des sources de production normative. Par exemple, s'agissant de la directive relative au contrat de fourniture de contenus numériques, la prise de conscience des enjeux pour la propriété littéraire et artistique a été tardive et a d'ailleurs justifié le lancement de la présente mission. A l'approche d'une nouvelle législature où les enjeux numériques demeureront sans doute très présents, il apparaît utile de formuler quelques pistes pour renforcer la capacité à construire et à promouvoir des solutions dans le champ de la propriété littéraire et artistique.

En premier lieu, il existe aujourd'hui un hiatus entre une organisation française qui demeure sectorielle (seul le ministère de la culture est compétent en matière de propriété littéraire et artistique) et une production normative européenne qui sort largement de ce périmètre. Les enjeux se situent aujourd'hui non seulement dans les textes qui y sont dédiés, mais aussi dans ceux relatifs au droit de la consommation, au droit des communications électroniques, au droit commercial ou encore à la fiscalité.

La coordination interministérielle assurée par le SGAE permet, certes, de mobiliser les expertises des différents ministères concernés. Cependant, elle montre nécessairement ses limites lorsqu'il s'agit de détecter précocement les implications en matière de propriété littéraire et artistique de textes pour lesquels elles ne sont pas manifestes à première vue ou de construire des propositions mobilisant des instruments relevant de ces autres branches du droit.

Il conviendrait donc de diversifier l'expertise au sein du ministère de la culture et d'affiner l'analyse des enjeux aussi précocement que possible dans la procédure d'adoption des textes européens. A cet égard, les auditions menées par la mission ont fait état de la création au sein du ministère relatif d'un poste dédié à cette approche transversale, ce qui va dans la bonne direction. Des échanges informels horizontaux entre les personnes en charge des sujets liés à la stratégie numérique dans les ministères concernés pourraient être développés.

La deuxième difficulté a déjà été relevée par plusieurs rapports³⁵⁷ et pour d'autres sujets : elle tient à la relative faiblesse des contributions françaises aux consultations publiques, en amont ou en aval de l'adoption des propositions de texte par la Commission européenne. Sur un texte aussi important que la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, dans le cadre d'une consultation publique organisée dans les trois mois suivant sa publication (entre septembre et novembre 2016), aucune contribution d'une organisation de la société civile française n'a été recueillie, à la différence de contributions allemandes, autrichiennes ou flamandes³⁵⁸. Il pourrait être pertinent de constituer un groupe permanent de veille et d'analyse entre les administrations françaises et les acteurs concernés de la société civile, afin d'alerter ces derniers sur l'agenda européen, d'échanger les informations pertinentes et de mieux faire entendre les positions françaises le plus en amont possible de la décision.

Une meilleure coordination des positions interministérielles avec une remontée d'information rapide aurait également le mérite de mettre en exergue les communautés d'intérêts existant

³⁵⁷ Cf. notamment Conseil d'Etat, *L'administration française et l'Union européenne. Quelles influences ? Quelles stratégies ?* rapport public annuel 2007, Études et documents n° 58 ; C. Caresche et P. Lequiller, *L'influence française au sein de l'Union européenne*, rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, février 2016.

³⁵⁸ Commission européenne, *Summary of feedback received on the copyright modernisation package*, avril 2017, 8508/17.

entre les titulaires de droit et les utilisateurs, au-delà d'oppositions archétypales. S'inspirer des coalitions qui ont pu se faire jour, par exemple, à l'occasion de l'adoption des textes relatifs à la protection des données à caractère personnel pourrait permettre de dépasser des clivages parfois surjoués.

Le développement de la coopération entre le CSPLA et le Conseil national du numérique (CNNum), dont les compositions sont complémentaires en termes de parties prenantes associées, pourrait aussi contribuer à résoudre cette difficulté. Plusieurs formes peuvent être envisagées : nomination d'un membre commun aux deux instances ou d'un représentant *es qualité* du CNNum au CSPLA et inversement ; échanges réciproques avant publication sur les projets de rapport ; constitution de groupes de travail communs ou rédaction de rapports conjoints.

3.2. Accompagner et non subir la fluidification des œuvres et objets protégés pour assurer leur exposition dans ce nouvel univers

L'objectif d'assurer une meilleure circulation des données et contenus n'est pas nécessairement antinomique avec le droit de la propriété intellectuelle, notamment lorsque les titulaires sont associés à la valorisation économique ou symbolique de la diffusion de œuvres et autres objets protégés. Il convient, pour cela, de dissiper certaines incertitudes quant au régime des droits afin de permettre une valorisation de certains « communs numériques », c'est-à-dire les œuvres et autres objets appartenant au domaine public ou relevant du dépôt légal, au service des politiques de diffusion de la culture (3.2.1.). Il est également nécessaire de prolonger la réflexion quant à l'intérêt qu'ont les ayants droit à participer de manière active à la présentation des œuvres et objets protégés, de sorte qu'elles puissent faire l'objet d'une mise en donnée, entendue ici comme un traitement de masse dans des formats interopérables (3.2.2.).

3.2.1. Valoriser les « communs numériques »

Les opportunités de valorisation. A l'ère des contenus numériques, de grandes plateformes privées sont devenues des points de passage quasi obligés de l'accès aux œuvres. Cependant, le numérique est aussi une opportunité exceptionnelle pour diffuser largement les œuvres dont les institutions publiques sont dépositaires. La France a la chance de compter de grandes institutions culturelles engagées depuis plusieurs années dans une politique résolue de diffusion numérique. Ainsi, la BNF a dès sa création en 1997 ouvert la bibliothèque numérique Gallica, qui compte aujourd'hui 4,3 millions de documents accessibles et 15,8 millions de visiteurs en 2017³⁵⁹. L'INA propose 50 000 heures de programmes accessibles au grand public et près de 18 millions accessibles au chercheur ; il a dénombré en 2017 47,3 millions de visiteurs sur son site ou sur les plateformes associées³⁶⁰. Ces chiffres sont en progression constante.

La constitution de ces « communs numériques » de la culture – expression par laquelle on peut désigner, soit des catalogues et collections publiques portant sur des éléments qui ne font pas ou ne font plus l'objet de droits exclusifs, soit le dépôt légal³⁶¹ -, est ainsi susceptible de générer de véritables succès populaires, par l'ouverture d'une offre abondante, accessible, porteuse de diversité culturelle et propice aux réutilisations innovantes. Elle devrait être

³⁵⁹ Rapport d'activité 2017.

³⁶⁰ Rapport d'activité 2017.

³⁶¹ Bien que celui-ci concerne aussi les œuvres qui ne sont pas tombées dans le domaine public, il permet d'assurer leur collecte, leur conservation et sous certaines conditions leur consultation dans l'intérêt de tous, et tend ainsi à constituer un patrimoine commun.

pensée comme telle et devenir une politique systématique, appliquée à l'ensemble des institutions culturelles.

Afin de promouvoir ce mouvement, plusieurs mesures devraient être adoptées. Elles portent sur les différents régimes juridiques des contenus numériques dont les institutions culturelles sont dépositaires : l'ouverture des données ; la diffusion numérique des œuvres ; la valorisation du dépôt légal.

➤ **Lever les incertitudes liées au droit d'auteur des agents publics**

Le statut des agents publics, frein à l'ouverture des données publiques. Les incertitudes sur le droit d'auteur des agents publics, exposées plus haut (cf. I.3.1.), constituent un frein à l'ouverture des données publiques. Faute de savoir si leurs agents peuvent se prévaloir d'un droit de propriété intellectuelle, qui ferait obstacle tant à la diffusion qu'à la réutilisation, les administrations s'abstiennent de procéder à l'ouverture. Les dispositions issues de la loi du 1^{er} août 2006 soulèvent deux types de questions :

- Si l'article L. 131-3-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que le droit d'exploitation de l'œuvre créée par un agent public est cédé de plein droit à la personne publique qui l'emploie « *dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public* », il est malaisé de déterminer concrètement les cas dans lesquels cette cession légale est intervenue.
- L'article L. 131-3-3 renvoyant à un décret en Conseil d'Etat les modalités d'application de la cession légale et du droit de préférence, l'absence d'adoption du décret jette un doute sur l'entrée en vigueur effective de ces dispositions légales. L'article 1^{er} du code civil dispose que « *l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures* » ; la cession légale et le droit de préférence peuvent-ils être mis en œuvre sans mesures réglementaires d'application ?

Ouverture et finalité du service. Sur le premier point, la rédaction actuelle de l'article L. 131-3-1 n'offre pas une sécurité suffisante pour la conduite de la politique d'ouverture des données publiques. En effet, la liberté de réutilisation permet de retraiter les données à d'autres fins que celles de la mission de service public pour laquelle elles ont été créées ; dès lors, la mise en ligne peut-elle être considérée comme une mesure strictement nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public ? Afin de lever toute ambiguïté, **il paraît souhaitable d'écrire explicitement dans la loi que la mise en œuvre des obligations de diffusion prévues par l'article L. 321-1-1 du CRPA est toujours réputée nécessaire à l'accomplissement de la mission de service public.** Une telle disposition serait cohérente avec l'esprit de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique, qui a fait de la mise en ligne des documents administratifs une obligation pour toute personne publique.

Abroger la référence au décret d'application. Sur le second point, il paraît souhaitable d'abroger la référence à un décret qui n'a jamais été pris depuis plus de douze ans. Son principal intérêt aurait été d'encadrer les modalités d'association des agents publics aux revenus générés par l'exploitation de leurs œuvres mais l'abrogation de la référence ne supprimerait pas le principe de la rémunération. A défaut de décret, il reviendrait à chaque personne publique de négocier celles-ci avec leurs agents. Des lignes directrices pourraient être définies par le COEPIA ; étant un instrument de droit souple, elles fourniraient un guide utile aux personnes publiques concernées tout en leur permettant de s'en écarter.

➤ **Valoriser le dépôt légal**

Finalité du dépôt légal et évolution. Créé par l'ordonnance de Montpellier de François I^{er} du 28 décembre 1537, le dépôt légal a pour objectifs, selon l'article L. 131-1 du code du patrimoine, d'assurer la conservation de l'ensemble des documents, quels que soient leur

forme et leur support, mis à la disposition du public et de permettre leur consultation dans le respect des droits de propriété intellectuelle. Il est effectué auprès de trois institutions, la Bibliothèque nationale de France, le Centre national du cinéma et de l'image animée et l'Institut national de l'audiovisuel³⁶². Au cours de sa longue histoire, le dépôt légal a évolué pour faire place aux nouvelles formes d'expression, notamment au cours des dernières années aux logiciels, aux bases de données et aux sites internet. Dans sa version adoptée par le Parlement européen, la directive DAMUN instaure d'ailleurs un dépôt légal de l'Union européenne, qui couvrirait toute publication électronique traitant de sujets liés à l'Union (article 10 *bis*).

Il existe cependant aujourd'hui un décalage entre le périmètre du dépôt légal, qui n'a cessé de s'étendre, et ses possibilités de diffusion, qui sont toujours aussi restreintes. Les articles L. 132-4 à L. 132-6 du code du patrimoine prévoient une exception au droit d'auteur, aux droits voisins et au droit du producteur de bases de données, pour la consultation sur place par des chercheurs dûment accrédités. Aucune autre exploitation n'est autorisée.

Le dépôt légal ne saurait remettre en cause la substance du droit de l'auteur d'autoriser les actes d'exploitation de son œuvre. Cependant, certaines des restrictions actuelles ne paraissent pas justifiées et empêchent des valorisations.

D'une part, l'exigence prévue par la loi de n'autoriser la consultation du dépôt légal que dans les locaux de l'institution dépositaire limite singulièrement les possibilités de recherche. S'agissant de l'INA, les textes ont certes été interprétés de manière à permettre la consultation dans les locaux d'institutions partenaires, dont le nombre a été progressivement accru³⁶³. Mais il serait souhaitable d'aller plus loin en permettant une consultation à distance dans des conditions de sécurité interdisant toute divulgation des documents. Les solutions techniques nécessaires existent aujourd'hui³⁶⁴.

Elargir les capacités de consultation. La difficulté tient à ce que l'exigence de consultation dans les locaux des établissements dépositaires est prévue par la directive DADVSI elle-même³⁶⁵. Elle pourrait être supprimée à l'occasion de la directive DAMUN, tout en renvoyant aux Etats la responsabilité de mettre en place des conditions de consultation comparables, conformément au principe d'équivalence fonctionnelle. **Au niveau national, les textes réglementaires prévoiraient que la consultation doit se faire dans des conditions techniques interdisant toute exportation.** S'il n'était pas possible de modifier la directive, une interprétation souple devrait être défendue : si la solution technique induit les mêmes restrictions qu'une consultation sur place (mis à part bien sûr l'exigence de déplacement physique de la personne), elle pourrait être regardée comme satisfaisant l'exigence de consultation dans les locaux de l'institution.

Autoriser les organismes dépositaires à « miner ». D'autre part, il conviendrait d'autoriser les organismes dépositaires à exploiter eux-mêmes les fonds qui leur sont confiés, par des méthodes de fouille de textes et de données, sans procéder bien sûr à la divulgation des objets protégés par des droits de propriété intellectuelle. Les auditions conduites par la mission montrent qu'il existe aujourd'hui une véritable demande d'analyse des fonds, que les institutions dépositaires ne peuvent satisfaire dans le cadre juridique actuel. L'élargissement

³⁶² L'INA est en charge des documents sonores et audiovisuels télédiffusés et radiodiffusés, ainsi que des sites internet des médias ; le CNC des documents cinématographiques ; la BNF des documents imprimés, des logiciels et bases de données, des phonogrammes et vidéogrammes et des autres sites web.

³⁶³ Le contrat d'objectifs et de moyens (COM) entre l'Etat et l'INA pour la période 2015-2019 prévoit l'ouverture de 50 points de consultation.

³⁶⁴ S'agissant de données personnelles particulièrement sensibles, comme les données fiscales et les données de santé, la consultation à distance a été admise au moyen d'une solution technique, conçue par le Centre d'accès sécurisé aux données (CASD) du Groupe des écoles nationales d'économie et de statistique (GENES), interdisant toute copie ou exportation par le chercheur.

³⁶⁵ Elle résulte de la combinaison des articles 5.2.c et 5.3.n.

de l'exception prévue dans la proposition de directive aux organismes de valorisation patrimoniale va, à cet égard, dans la bonne direction.

Alors que le texte de la Commission n'ouvrait l'exception de fouille de textes et de données qu'aux organismes de recherche, la version du Conseil, reprise par le Parlement européen en a étendu le bénéfice aux institutions de gestion du patrimoine culturel. La définition retenue couvre l'ensemble des organismes chargés du dépôt légal en France.

➤ **Etudier l'opportunité économique et culturelle d'une politique de mise en ligne des copies numériques des œuvres détenues par les musées**

En France, la mise en ligne générale des collections des musées demeure le fait de quelques institutions et est encore loin de s'être généralisée, notamment pour les grands musées nationaux. Plusieurs avantages pourraient être attendus d'une telle politique : diffusion gratuite et massive des collections ; mise en visibilité d'un nombre d'œuvres bien plus important que celui qui peut être exposé³⁶⁶ ; plus grande présence en ligne des musées français ; meilleur contrôle de l'accès aux œuvres lorsque les internautes les recherchent en ligne, alors que ceux-ci sont souvent orientés aujourd'hui vers des plateformes étrangères, avec une qualité de reproduction parfois inégale ; ouverture à des réutilisations innovantes, notamment pour aller à la rencontre de nouveaux publics.

Des conséquences négatives potentielles sont parfois mises en avant, comme la substitution des consultations en ligne à la visite physique des musées et la perte de recettes qui pourrait être associée à la diffusion payante de ces ressources numériques. Il est souhaitable de dépasser aujourd'hui le stade des conjectures et de procéder à une évaluation précise des bénéfices de la mise en ligne des collections. Une mission pluridisciplinaire devrait être constituée à cette fin, qui en évaluerait les conséquences en termes de diffusion de la culture, de fréquentation des musées et d'évolution des recettes des établissements. Elle s'appuierait notamment sur le bilan des expériences conduites en France et à l'étranger.

3.2.2. *Rendre les œuvres "aptées" à la mise en données*³⁶⁷

Les titulaires de droit sont aux avant-postes pour renforcer l'aptitude des œuvres et objets protégés à faire l'objet de traitements numériques, selon un double mouvement qui consiste d'une part, à réfléchir à la charge de la standardisation technique nécessaire à la réalisation d'un traitement performant, et d'autre part, à développer des mécanismes de licitation susceptibles de répondre aux traitements de gros volumes d'informations et de flux de données volatiles.

➤ **Inciter les titulaires à adapter les supports et vecteurs des œuvres et autres objets protégés à la mise en données**

Comme le signalait un précédent rapport rendu au CSPLA par Jean-Philippe Mochon³⁶⁸, la question de l'interopérabilité des contenus ne présente pas les mêmes difficultés dans tous les secteurs culturels. Il convient cependant d'inciter les titulaires à développer les procédés permettant de renforcer cette interopérabilité, entendue selon cette précédente mission comme « *la faculté pour les contenus numériques légalement acquis de rester disponibles sans restriction d'accès ou de mise en œuvre, quel que soit l'environnement logiciel ou*

³⁶⁶ Ainsi, le musée de Bretagne expose 3 000 œuvres dans ses locaux mais en a mis en ligne 170 000 lors de l'ouverture générale de ses collections en septembre 2017.

³⁶⁷ V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big Data, A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, London 2013. L'expression de dataification a été notamment traduite par « mise en données du monde ».

³⁶⁸ Mission du CSPLA sur l'interopérabilité des contenus numériques, Rapport établi par M. Jean-Philippe Mochon, président de la mission, et Mme Emmanuelle Petitdemange, rapporteure de la mission, le 22.05.2017.

matériel dans lequel ils sont fournis. », mais aussi, plus généralement, à établir des procédures normalisées et à développer des identifiants internationaux³⁶⁹ permettant aux contenus numériques véhiculant des œuvres et objets protégés de pouvoir faire l'objet de traitements numériques de masse.

Comme en attestent les questions liées aux activités de fouilles de textes et de données, mais aussi dans une moindre mesure, l'adoption d'un droit voisin des éditeurs de presse, il existe pour l'heure peu d'incitations à mettre les contenus en format ouvert, et par ailleurs, les titulaires continuent à appliquer des mesures de contrôle d'accès aux œuvres et autres objets protégés par des dispositifs techniques. On parvient ainsi à des situations paradoxales dans lesquelles est introduite une exception d'ordre public pour favoriser l'activité de fouille dont on considère qu'elle constitue un enjeu d'intérêt général mais où, par ailleurs, rien n'est prévu en ce qui concerne la standardisation des contenus objets de la fouille, ce qui complique singulièrement, voire est de nature à dissuader les projets de minage. Or, les investissements nécessaires à cette standardisation ne sont pas mineurs et on comprend que les éditeurs soient dissuadés d'y procéder s'ils ne peuvent escompter un retour sur cet investissement, notamment avec une exception gratuite ou s'ils ne peuvent pas monétiser cet effort dans le cadre d'une négociation équilibrée, faute de bonne volonté du cocontractant.

Le mouvement naturel est donc de passer par un système de contractualisation de l'accès aux fichiers, sans que d'ailleurs les règles de la propriété intellectuelle ne rentrent toujours en compte dans ce rapport contractuel, et au mépris donc des exceptions. Cette situation est fâcheuse dans la mesure où elle dépend essentiellement des rapports de force économique et non d'un équilibre des intérêts en présence.

Du côté de l'ouverture des données publiques, des limites pratiques demeurent tant que chaque administration développe des pratiques de numérisation différentes et incompatibles, laissant l'utilisateur accéder à un véritable maquis de formats de fichiers et de métadonnées insusceptibles de faire l'objet d'un traitement de masse. A supposer que le régime d'ouverture des droits soit applicable de manière homogène au terme de la loi, l'hétérogénéité des contenus fait obstacle à la réalisation de l'objectif.

Il convient donc de favoriser l'ensemble des mécanismes incitatifs à la création de métadonnées, identifiants, et formats ouverts susceptibles d'accroître la visibilité, le repérage et la circulation des œuvres et objets protégés : politique de normalisation, aide publique, co-construction des données avec les utilisateurs, etc. En revanche, cette entreprise devrait rester volontaire, à défaut de quoi, elle reviendrait à introduire un mécanisme de formalités obligatoires contraire à la convention de Berne et à méconnaître le droit moral de l'auteur de choisir dans quelle forme il souhaite divulguer son œuvre.

Dès lors que les traitements de masse sont censés contribuer à l'accomplissement de l'intérêt général, à l'instar de la promotion de la recherche scientifique pour la fouille de textes et de données ou de manière à maintenir la fiabilité de l'information à raison des processus éditoriaux, **il est justifié que les titulaires de droit qui assument cette charge quand ils sont à l'origine des contenus nativement numériques puissent recevoir une contrepartie à leur effort.**

On pourrait prévoir, à l'instar de ce qui est proposé dans l'exception de fouille facultative qu'un mécanisme de compensation économique soit adopté, dès lors que le titulaire a rendu un ensemble de données traitables dans un format ouvert. D'autres systèmes de compensation ou d'incitation sont envisageables.

³⁶⁹ Rapport de la mission d'étude sur les outils de reconnaissance des contenus protégés par le droit d'auteur sur les plateformes numériques, O. Japiot, L. Durand-Veil, CSPLA, 2017.

Eu égard à l'interprétation faite par les autorités européennes du droit *sui generis* sur les bases de données, il est possible que cette protection ne puisse pas être revendiquée à raison des investissements réalisés par les titulaires, sauf à démontrer que ces investissements portent sur autre chose que la création de la donnée elle-même. Ainsi, conformément aux recommandations de l'étude menée à la demande de la Commission sur l'évaluation de la directive base de données³⁷⁰, il importe qu'intervienne une clarification des types d'actes éligibles au titre de l'évaluation de l'investissement substantiel déclenchant la protection. **L'incitation pourrait alors passer par un considérant, selon lequel l'investissement réalisé dans la production des métadonnées d'un jeu de données ou dans l'uniformisation des formats ouverts constitue un investissement recevable pour la protection, dès lors qu'il est substantiel.** Cependant, cela risque de profiter davantage aux gestionnaires de répertoires et de catalogues qu'aux titulaire individuels de droits sur les œuvres.

Il convient également de ne pas réitérer les effets négatifs issus des partenariats publics-privés lors de la numérisation des fonds d'archives ou de bibliothèques. **L'objectif de standardisation ne doit pas constituer une opportunité pour des acteurs économiques dominants d'imposer certains formats ou systèmes de traitement favorisant leurs propres services, aux dépens de la fluidité des contenus.**

➤ **Proposer des solutions de licitation des droits simples et équilibrées**

Le traitement d'une masse ou d'un flux rapide d'œuvres ou d'objets protégés est un défi que la propriété littéraire et artistique relève depuis que des moyens techniques de diffusion comme la télévision, la radio, la retransmission simultanée par câble existent. Des instruments existent tels que les accords généraux de représentation, la gestion collective obligatoire, les accords collectifs étendus ou encore la licence légale – comme en matière de prêt en bibliothèque, de radiodiffusion, de copie privée ou de référencement d'images - lorsqu'il s'agit d'accéder soit à des répertoires particuliers, soit à l'ensemble des œuvres ou objets relevant d'une catégorie légale. Il faut permettre un usage massif des œuvres et objets protégés sans que l'obtention des autorisations ne constitue un frein aux pratiques en cause, sans toutefois spolier les titulaires de droits.

L'indifférenciation des contenus peut conduire à revoir certaines de ces pratiques liées à la segmentation traditionnelle des usages, notamment pour créer **des autorisations trans-répertoires** sans que le principe même des mécanismes ne soit pour autant remis en question.

La difficulté particulière vient, comme il a été montré au cours de l'étude, d'une architecture normative qui a posé des principes d'imputation qui éclatent la responsabilité des actes en autant de sources individuelles de diffusion plutôt que d'en centraliser la charge sur la tête des plateformes qui concentrent l'attention des utilisateurs. Sans préjuger des évolutions de la proposition de directive DAMUN, il convient de relever l'intérêt du mécanisme le moins controversé prévu dans l'article 13, à savoir que la **licitation par la plateforme « couvre » les actes effectués par les utilisateurs** agissant à titre non commercial par son intermédiaire.

³⁷⁰ Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, sous la direction de L. Bentley et E. Derclaye, 2018 ; p. IV : « *However, the Fixtures Marketing and British Horseracing Board decisions of 2004 address in a way the problem of data thereby generated and their consequence on competition by excluding investments in data creation from the scope of the protection under the sui generis right and therefore avoid 'sole source data situations'. It is unclear whether such data can also be said to be recorded and the status of recorded data is unclear under these decisions. Therefore, a clarification of the status of recorded data would be welcome.* »

Ce mécanisme est compatible avec une certaine lecture du droit de communication au public qui permet de déterminer que, malgré la présence de deux maillons de la chaîne, il n'existe qu'un acte de transmission unique dont la responsabilité peut être assumée par la personne qui a un contact direct avec le public, ce qu'a jugé la Cour de justice dans l'arrêt *Airfield*³⁷¹.

A supposer que l'intermédiation des plateformes échappe à cette qualification, ou que le dispositif de « portage » demeure limité aux seules plateformes relevant du droit exclusif, il serait toutefois loisible de conserver le principe de ce mécanisme à travers une distinction entre le débiteur originaire de l'autorisation – l'utilisateur du service de partage de contenus – et la personne tenue de contracter l'autorisation pour le compte de l'ensemble de ces derniers. Cette proposition avait été articulée lors du rapport au CSPLA sur les œuvres transformatives, s'agissant des UGC. Cette idée avait alors été envisagée au titre d'une logique de droit de la consommation, comme une garantie de jouissance paisible des services que la plateforme met à disposition de ses utilisateurs en contrepartie de la rémunération qu'elles tirent de l'exposition des contenus postés et des données collectées auprès de l'ensemble des utilisateurs de ses services à l'occasion de cette exposition.

En outre, comme en témoigne les discussions relatives à la proposition DANUM, il pourrait être pertinent de faire appel à des mécanismes de médiation pour faciliter les négociations entre les parties prenantes et développer des pratiques conformes aux nouveaux besoins qui s'expriment. Le recours à un **organisme de médiation impartial** est de nature à faciliter la disponibilité des œuvres et autres objets protégés.

➤ **De manière plus prospective, étayer la réflexion autour du régime de circulation et de partage d'agrégats**

La reconfiguration des acteurs et des pratiques appelle à nourrir une réflexion plus prospective sur les notions qui correspondent aux usages de masse de contenus indifférenciés.

Notions de répertoire, collection, fonds informationnel. Ainsi les concepts de répertoire, de collections, de fonds informationnels qui n'ont pas fait l'objet de définitions très convaincantes par la doctrine et auxquels ne se rattachent aucun régime juridique particulier pourraient être explorés, de concert avec l'évolution de bases de données vers davantage de déstructuration et de volatilité. Certains auteurs préconisent de rattacher ces mécanismes à l'idée **d'universalité de droit ou de fait** qui sert à fonder des notions comme celle de fonds de commerce³⁷². L'idée est ici d'accepter que le tout est différent de la somme des parties, fluctuantes, qui le composent, ce qui permet d'envisager une capacité de contrôle de cet ensemble, indépendamment de la mobilisation segmentée des parties. La réflexion semble d'autant plus féconde que les « biens » dont il s'agit sont non rivaux et qu'ils peuvent à la fois appartenir à un ensemble et poursuivre un destin individuel. Elle est également intéressante car elle permet d'assurer la persistance d'une unité d'ensemble en dépit de la constante recomposition de ces éléments par entrée ou sortie.

Notion de flux. De la même manière pourrait être développé l'analyse de solutions adaptés à la notion de « flux » ou de streaming ou encore de fourniture d'œuvres ou d'objets protégés comme un service, à l'instar de ce qu'il existe en matière logicielle depuis longtemps dans les systèmes Saas (« *Software as a Service* »). La conversion de l'usage des œuvres et autres objets protégés d'une logique de l'achat vers une logique de service continue à être improprement appréhendée que ce soit par les outils du droit de la propriété intellectuelle qui ignorent le droit de distribution numérique ou par la proposition de directive relative au contrat

³⁷¹ CJUE, 13 octobre 2011, *Airfield NV et Canal Digitaal BV contre Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam)* (C-431/09) et *Airfield NV contre Agicoa Belgium BVBA* (C-432/09).

³⁷² Sur cette idée, v. notamment N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, *op cit.*, n° 255.

de fourniture de contenus numériques qui, en dépit d'efforts louables, continue de confondre la fourniture des biens numériques et celle des services qui les véhiculent.

Émergence de nouvelles communautés. Une réflexion pourrait également être menée sur l'existence d'organes collectifs propres à représenter les **intérêts d'une communauté**³⁷³. Les organismes de gestion collective et les syndicats occupent certes traditionnellement ce rôle, tout particulièrement dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Toutefois l'indifférenciation des contenus tend à bouleverser les solidarités sectorielles, de sorte que ces acteurs peuvent apparaître en décalage avec les nouveaux usages. Par ailleurs, soit l'absence de tels organismes dans certains secteurs de la création – la communauté universitaire, les « utilisateurs » générant des contenus - soit la volonté de certains auteurs de se placer en rupture avec les pratiques fondées sur le droit exclusif – la communauté *Creative Commons* – ouvrent la voie à l'émergence de nouvelles formes d'organisation et de gouvernance de ces communautés. A cet égard, en réaction à certaines formes « d'ubérisation », se fait jour l'idée de revenir à des circuits courts ou d'aménager d'autres types de plateformes fondés sur les principes de la communauté.

3.3. Favoriser l'exploitation numérique des œuvres et objets protégés dans une économie de la donnée, tout en associant les ayants droit à la valeur créée

Associations plurielles aux différentes valeurs de la donnée. La participation des titulaires de droit à l'économie de la donnée et des contenus ne peut se faire sans une légitime contrepartie, rendue d'autant plus nécessaire que les œuvres et objets protégés, bien que noyés dans une masse constituent des éléments dont la valeur ajoutée informationnelle est souvent plus importante que celle des autres types de contenus. Il convient donc de penser les moyens d'associer les ayants droit à la valeur créée, lorsque cela est possible. Cette association qui peut prendre différentes formes, financière ou « informationnelle », susceptibles de se cumuler.

3.3.1. L'association financière

Exploitation des contenus et exploitation des données. Il convient ici de distinguer deux types de situations qui sont inégalement disruptives. La première consiste à envisager les formes d'échange, de partage et de diffusion de contenus – dont certains sont protégés par des droits de propriété intellectuelle – qui visent à exploiter la valeur de ces contenus en tant que tels. Dans ce cas, les mécanismes de rémunération liés à la propriété intellectuelle ne sont pas remis en cause dans leurs principes puisqu'il s'agit toujours de tirer parti de la valeur directe d'exploitation des œuvres et autres objets protégés. La seconde est relative aux utilisations fragmentaires ou recomposées des données qui s'inscrivent dans ou autour des œuvres et objets protégés. Tant au regard des principes de la propriété intellectuelle que des possibilités pratiques de suivi, elles posent des difficultés théoriques et de mise en œuvre qui supposent de proposer des solutions innovantes.

Rémunération des exploitations d'œuvres dans le cadre du « big data ». Comme déjà exposé, les systèmes de rémunération prévus par les droits de propriété intellectuelle peuvent, à l'instar des mécanismes de licitation, s'adapter à ces nouveaux modes d'exploitation en dépit de la masse des contenus exploités et de la rapidité des flux. Les accords de représentation général prévoient des clauses forfaitaires qui permettent un accès à l'ensemble du répertoire moyennant un prix, qui peut consister en une somme d'argent déterminée ou à un pourcentage

³⁷³ V, en ce sens, M. Clément-Fontaine, Les communautés épistémiques en ligne : paradigme de la création, *RIDA*, janvier 2013, n°135, p.3 et la recherche conduite par cette auteur dans le cadre d'un projet de recherche franco-canadien en cours : Communautés et pratiques des communautés.

du chiffre d'affaires se rapportant à l'exploitation de ce répertoire. Hormis l'objection d'un besoin de licitation trans-répertoire, il n'existe pas d'empêchement à utiliser ce type de mécanisme de rémunération, dès lors qu'il est loisible d'identifier la teneur des usages. Dans le cadre d'utilisation de flux et lorsque les superpositions de droits sont susceptibles de dissuader l'exploitation, il est également loisible de recourir à un mécanisme de licence légale dont le montant serait fixé soit au terme d'un accord contractuel, soit en son absence, par une commission administrative – à l'instar du mécanisme imaginé en matière de mur d'images. Enfin, il est possible d'individualiser les mécanismes de rémunération dès lors qu'un dispositif technique permet de « suivre » le destin d'une œuvre particulière mais outre que ces mécanismes exposent les titulaires de droit à des coûts importants et s'avèrent souvent inadaptés aux besoins des opérateurs, ils sont susceptibles de poser des difficultés quant à la protection des données à caractère personnel des utilisateurs, ce qu'il conviendrait d'anticiper dans les systèmes de traitement.

Extraction et usage des données et fondement de la rémunération. Plus complexe est, en revanche, la situation dans laquelle la nature de l'objet exploité est éloignée de la valeur de l'œuvre ou de l'objet en tant que telle. C'est parfois le principe même de l'application des droits de propriété littéraire et artistique qui est en question, et partant de l'existence et non des modalités d'une rémunération. Ainsi des données brutes qui sont en principe hors champ de la protection, de l'utilisation des données périphériques à l'œuvre – métadonnées, données de consommation ou de trafic – qui n'entrent pas dans le périmètre des droits exclusifs. S'agissant de ces données périphériques, le lien avec la propriété littéraire est très distant, sauf à prouver que le titulaire peut revendiquer des droits sur les métadonnées ce qui ne sera pas souvent le cas.

Certes, on a vu que diverses protections sont susceptibles de saisir « indirectement » la donnée intégrée ou sous-jacente, mais c'est alors précisément ce caractère indirect qui met à mal les systèmes classiques d'autorisation et de rémunération. Dans de nombreux cas, la seule possibilité de saisir un usage par un droit exclusif se limite à une opération souvent volatile de reproduction d'un fichier numérique, sans qu'elle ne s'accompagne d'une communication au public de l'œuvre ou de l'objet protégé. Les systèmes de rémunération qui s'appuient sur les recettes d'exploitation du marché de la diffusion publique sont alors difficilement applicables. Cette solution est d'autant plus compliquée à appliquer que l'identification des parties, des données d'origine est souvent impossible dans le service dérivé de l'utilisation des données.

A l'instar de la copie privée, il est loisible de **mettre en place des mécanismes de « forfaitisation » et de « mutualisation » de la charge**, reposant sur un mécanisme indifférent aux usages dérivés mais fondés sur la possibilité de copie offerte. Ainsi, on pourrait prévoir un prélèvement à la source de l'extraction, dès lors qu'elle est substantielle ou systématique, à l'instar de ce que vise le droit *sui generis* sur les bases de données, ou l'imposition d'une somme forfaitaire liée à une quantité de bande passante utilisée ou encore en raison de la récurrence de la visite des serveurs, cette dernière suggestion ayant le mérite d'éviter la saturation de ces derniers par des interrogations trop nombreuses et récurrentes. Toutefois, à la différence de la copie privée, il n'existe pas de préjudice à compenser si l'extraction ne porte pas sur des objets protégés et la mise en œuvre d'un droit *sui generis* sera, dans la plupart des cas, impossible faute de remplir les conditions d'octroi.

Exemple de la fouille de textes et de données. La difficulté de trouver des systèmes de rémunération idoine s'illustre dans la fouille de textes et de données. Dans l'état des discussions deux propositions distinctes ont émergé, la première, relative à la fouille à des fins de recherche fait l'objet d'une exception gratuite. Le législateur a ici renoncé à mettre en place un mécanisme compensatoire, mais a laissé ouverte la possibilité pour les titulaires dont les données seront minées de percevoir une rémunération au stade la contractualisation de l'accès, le bénéfice de l'exception étant subordonnée à la condition d'un accès licite aux

œuvres. La rémunération se fonde alors, non pas sur l'exercice des droits de propriété intellectuelle mais sur la convention autorisant l'accès aux contenus. Le montant de cette rémunération sera d'autant plus élevé que les jeux de données seront rendus aptes au traitement par une standardisation des formats.

S'agissant de l'exception de fouille à destination des opérateurs privés, elle a été introduite afin de favoriser l'essor de l'intelligence artificielle et de combler le retard des opérateurs européens au regard d'autres nations telles les États-Unis et la Chine. Lors des discussions est apparu l'idée qu'une telle fouille, dans la mesure où elle profite à des acteurs économiques, à l'exclusion de tout intérêt public, devrait engendrer une compensation au bénéfice des titulaires. Mais outre que le texte est, à ce jour, en état instable, il n'est nullement indiqué selon quels critères une telle « compensation » serait amenée à jouer³⁷⁴.

3.3.2. L'association « informationnelle » ou le partage de la donnée

Le numérique est riche de nouvelles logiques susceptibles d'irriguer le droit de la propriété littéraire et artistique pour renouveler ses mécanismes et défendre au mieux les intérêts des titulaires de droit, dans le respect des droits des utilisateurs. A l'instar de ce qu'a démontré cette étude, les règles afférentes aux contenus numériques, indistinctement envisagés, sont susceptibles d'irriguer des solutions relatives au droit de la propriété intellectuelle : il est notamment possible de s'inspirer des instruments actuellement pensés par le droit de la donnée pour tirer un bénéfice de la valeur d'usage des données – à savoir de « *ce qu'elles permettent de faire et des positions stratégiques auxquelles elles donnent accès* »³⁷⁵ - ou encore de les mobiliser pour mettre un acteur en pouvoir d'agir (*empowerment*). A l'aune de ce modèle, il est, par exemple³⁷⁶, loisible de proposer la création d'un droit à la portabilité des données d'usage au bénéfice des titulaires de droit de propriété littéraire et artistique.

- **Créer un droit à la « portabilité » aux données d'usage des œuvres et objets protégés pour rectifier l'asymétrie informationnelle.**

Rôle stratégique de la donnée d'usage. Le contrôle des données générées par l'usage des œuvres et autres objets protégés joue un rôle majeur dans la puissance acquise par les grandes plateformes d'intermédiation (cf. *supra*), qu'il s'agisse d'édition scientifique, de musique ou de contenus audiovisuels. Le positionnement des plateformes sur ce dernier maillon de la chaîne de valeur, celui qui les met en contact avec les utilisateurs, les met en mesure d'enrichir sans cesse leur offre de services en proposant des recommandations personnalisées, en appréhendant de manière fine les nouvelles tendances ou encore en se positionnant sur la mise en relation d'individus partageant des goûts ou des centres d'intérêt comparables. Coupés de cette richesse informationnelle, les titulaires de droits sont placés en position de subordination vis-à-vis de ceux qui détiennent les données pour accéder à ces informations. Si certains contrats prévoient les modalités de mise à disposition des données par les plateformes, les titulaires de droit rencontrent, le plus souvent, des difficultés pour les agréger et donc les exploiter, en raison de l'absence d'interfaces de programmation adaptées³⁷⁷.

³⁷⁴ Enfin, compte tenu de la nature de la pratique en cause, il pourrait certes être difficile techniquement d'individualiser la répartition de la rémunération entre les œuvres exploitées. Une solution pourrait être d'affecter les sommes perçues au financement des missions collectives des sociétés de gestion et de répartition des droits, à savoir les actions de promotion de la culture et la fourniture de services sociaux, culturels et éducatifs, conformément au II de l'article L. 321-1 du CPI.

³⁷⁵ S. Chignard et L.-D. Benyayer, *Datanomics, Les nouveaux business models des données*, FYP, 2016, p. 15.

³⁷⁶ On peut également penser à s'inspirer du droit au déréférencement consacré par la jurisprudence Google Spain et partiellement repris par le RGPD pour établir un rapport plus équilibré entre les titulaires de droit et les moteurs de recherche dans leur activité de classification des contenus (*ranking*).

³⁷⁷ V. sur ce point, le rapport du CSA, *Plateforme et accès aux contenus audiovisuels*, septembre 2016, p. 44.

A l'ère des contenus et des données numériques, il apparaît nécessaire de casser cette asymétrie et de penser les conditions de l'accès des titulaires de droits aux données d'usage relatives aux contenus protégés³⁷⁸. S'inspirant de la logique et des caractéristiques propres aux données – par nature circulantes, co-construites et non-rivales – ainsi que des instruments visant à en maximiser la valeur d'usage³⁷⁹ une piste possible consisterait à reconnaître un droit à la mise à disposition ou portabilité des données d'usage comme une nouvelle prérogative de l'auteur, s'inscrivant en cela dans une logique de libre circulation des données « cross-plateformes »³⁸⁰.

Obligation d'information, principe de loyauté et de transparence. Des prémices existent dans le droit positif, à savoir l'obligation de rendre compte de l'éditeur, étendue à l'édition numérique, en matière de représentation de spectacles, de production audiovisuelle ou de cession des droits de l'artiste-interprète à un producteur de phonogrammes³⁸¹, ces obligations ayant été récemment renforcées au nom du principe de transparence et de loyauté des relations contractuelles. A l'évidence, ces dispositions portent cependant la marque de l'ère analogique, où tout ce qu'un auteur avait besoin et pouvait envisager de savoir était le nombre d'exemplaires de ses ouvrages vendus et les revenus que cela lui apportait. De plus, ces dispositions ne traitent que de la cession de droits et ne s'appliquent pas aux sortes de plateformes qui assurent la diffusion des contenus numériques sans s'inscrire dans ce schéma contractuel. La directive DAMUN (article 14) en cours de discussion tend à garantir ce droit à l'information des auteurs et interprètes au niveau de l'Union européenne, mais sans en renforcer véritablement la substance, ni en élargir le champ d'application. Il serait utile d'aller plus loin et de faire passer véritablement **l'information** du titulaire de droits à l'ère du numérique. Ces nouvelles obligations d'informations pourraient, par exemple, s'inscrire dans le cadre du règlement *Platform to Business* en cours de négociation³⁸² dont l'objet est notamment de promouvoir « *l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne* » ; elles pourraient également, à défaut, résulter d'une initiative nationale.

Création d'un droit patrimonial à la « portabilité » des données. Un nouveau droit patrimonial de « portabilité » des données d'usage des œuvres pourrait être reconnu aux titulaires de droit dont les débiteurs seraient non seulement les exploitants au sens du code de la propriété intellectuelle, mais aussi tous ceux qui fournissent au public des services d'intermédiation donnant accès aux œuvres et objets protégés – rompant ici avec la distinction entre éditeur et hébergeur au sens de la directive « commerce électronique ». Le champ d'application pourrait couvrir l'ensemble des données générées par l'usage des œuvres et collectées par le débiteur de l'obligation : temps, volume, durée de l'usage, caractéristiques des usagers, préférences, etc. Des données agrégées ou anonymisées pourraient ainsi être communiquées ; la revendication des titulaires de disposer d'une capacité d'individuation des utilisateurs supposerait également d'inclure les données à caractère personnel, dans le respect des dispositions du RGPD et de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en mettant notamment en œuvre des procédures de *Privacy by design*. Seraient dès lors respectées les obligations inscrites dans les considérants 46 et 46 bis de la proposition de directive DAMUN tel que résultant du vote du texte au Parlement le 12 septembre 2018.

Standardisation ou normalisation. Pour assurer l'effectivité de cette nouvelle prérogative, il conviendrait en outre de prendre en compte des considérations techniques telles que les formats de restitution afin de faciliter la réexploitation des données. Si ces formats doivent

³⁷⁸ Sur cette interrogation, v. déjà le rapport du CSA, *Plateforme et accès aux contenus audiovisuels*, septembre 2016, enjeu 8, p. 89.

³⁷⁹ V. *supra*.

³⁸⁰ Sur ce mouvement, v. l'avis du CNum préc.

³⁸¹ Voir respectivement les articles L. 132-21, L. 132-25 et L. 212-15 du CPI.

³⁸² Proposition de règlement du 26 avril 2018, COM (2018) 238 final.

pouvoir varier selon les secteurs, l'exploitation efficiente de ces données suppose qu'elles soient structurées, couramment utilisées et lisibles par la machine. Il s'agirait alors d'encourager les parties prenantes à travailler de concert pour adopter des normes communes et des formats interopérables.

Double valeur économique. Ces données récupérées auraient pour les titulaires une double valeur. Une valeur d'usage tout d'abord, tant il est intéressant pour un auteur, un titulaire de droits voisins ou un éditeur de connaître les usages des œuvres, notamment pour faire évoluer sa création ou son catalogue, éventuellement les services associés. Une valeur monétaire ensuite, car rien n'interdirait aux bénéficiaires de ces données de les monétiser. Une part du problème du partage de la valeur générée par les nouveaux modes de consommation des œuvres serait ainsi résolu. Cette solution est d'autant plus envisageable que les données sont des choses non-rivales dont la jouissance peut être partagée sans déperdition automatique de valeur.

Collectivisation possible de l'expertise d'analyse. On objectera que les auteurs ou les exploitants de petite taille seraient assez démunis face à l'envoi de grandes masses de données, en l'absence des compétences techniques nécessaires pour les utiliser. Mais rien n'interdirait aux personnes concernées de se regrouper pour accéder à des services d'analyse des données. Plusieurs pistes pourraient être mobilisées à cette fin :

- la constitution d'« outil de gestion à gouvernance partagée »³⁸³ tel que des régies des données fonctionnant sur la logique des communs ou des « coopératives de plateforme » ;
- la promotion par l'Etat d'infrastructures de données afin de favoriser cet accès mutuel, conformément à la logique d'Etat-plateforme déjà à l'œuvre dans certains secteurs³⁸⁴ ;
- le recours à la technologie des chaînes de bloc (« *blockchain* ») pourrait être envisagé afin d'assurer un échange d'information sécurisé inscrit dans une logique de coopération ;
- l'attribution de cette nouvelle fonction aux sociétés de gestion collective et de répartition des droits qui pourraient alors s'inscrire dans une logique de plateforme ;
- *a minima*, la réutilisation des données pourrait encore s'inscrire dans une logique d'APIs : un acteur privé mettrait alors en place une plateforme de réutilisation des données qu'il détient permettant au titulaire de droit de tirer profit de la valeur d'usage des données sans la détenir³⁸⁵.

➤ **Associer les auteurs aux données pour renforcer leur créativité et leur visibilité**

« Data Driven » Creation. Les données d'usage peuvent jouer un rôle potentiellement important dans le processus de création, dans une logique de « *data driven creation* » (création pilotée ou guidée par la donnée). Différents exemples sont évoqués à ce titre par la CNIL³⁸⁶. Tout d'abord celui d'*Amazon* qui propose de rémunérer ses auteurs autoédités à la page lue. De telles pratiques ne sont pas sans susciter certaines craintes, dès lors qu'elles pourraient influencer les pratiques de création en contraignant les auteurs à privilégier les contenus à fort taux d'engagement, comme autant d'« appât à clic » ou « création *clic based* »³⁸⁷. D'autres pratiques permettent, quant à elles, de promouvoir une meilleure

³⁸³ V. sur ce point, le cahier de prospective de la CNIL, *La plateforme d'une ville, Les données personnelles au cœur de la fabrique de la smart city*, 2017, p. 46&s, spéc. p. 50.

³⁸⁴ *La donnée comme infrastructure*, rapport de l'administrateur des données sur la donnée dans les administrations, 2016-2017, La documentation française.

³⁸⁵ CNIL, *La plateforme d'une ville*, préc., p. 48.

³⁸⁶ CNIL Cahier prospective sur *Les données, muses et frontières de la création.*, p. 30-31.

³⁸⁷ Ibid. Ainsi « *les modèles économiques émergents basés sur les usages effectifs de lecture peuvent conduire à une multiplication des cliffhangers, c'est-à-dire au maintien du suspense permanent pour garder le lecteur captif - au détriment de la nuance et de la complexité* » ; on peut encore citer la mise en ligne de nombreuses vidéos particulièrement addictives visant à maintenir l'utilisateur le plus longtemps possible sur le site afin de valoriser son attention auprès de tiers.

interaction entre l'auteur et ses lecteurs à l'instar de la plateforme d'auto-publication Wattpad qui offre aux auteurs la possibilité d'accéder à des métriques sur l'audience (volume, qualité) et de dialoguer avec leur public, permettant d'évaluer son engagement, voire d'adapter leur création. Certains envisagent encore, de façon cette fois plus prospective, une personnalisation de l'œuvre elle-même, par exemple en fonction du contexte de l'écoute d'une musique ou de la personnalité de l'auditeur³⁸⁸.

La portabilité spécifique au bénéfice de l'auteur au service de la créativité et de la recherche. Dans le cadre d'une création tirée par la donnée, il s'agirait par conséquent d'assurer *aux auteurs* un accès à ces données, afin de pouvoir mesurer l'engagement des utilisateurs et de prendre en compte leurs souhaits dans leur processus créatif. La reconnaissance d'un droit à la portabilité des données d'usage pourrait ainsi être envisagée, non seulement au bénéfice des titulaires de droit en général mais aussi, de manière spécifique, *au bénéfice de l'auteur* ou au soutien de sa créativité ou de la promotion de ses travaux de recherche. Il conviendrait, par exemple, d'assurer aux auteurs d'écrits scientifiques, dont la citation par leurs pairs constitue un élément d'évaluation de leurs travaux, un retour sur la visibilité de leurs contenus en leur reconnaissant un droit à portabilité des données sur la citation de leurs écrits dont seraient débiteurs des éditeurs de revues scientifiques.

➤ **De l'accès au partage : promouvoir les infrastructures de données ?**

On pourrait enfin envisager le moyen de favoriser des « *boucles de rétrocession vertueuses* »³⁸⁹ des données générées par l'œuvre afin de permettre à chaque partie prenante d'améliorer son propre service, dans une logique de « coopération ». Il conviendrait dès lors de penser la construction d'un environnement favorable à la réciprocité des gains escomptés par l'exploitation des données. La circulation des données entre opérateurs pourrait notamment être facilitée par le développement d' « infrastructures de données », à l'instar et au-delà de ce qui est promu par l'administrateur général des données s'agissant des données publiques, dans une logique d'Etat-Plateforme³⁹⁰.

³⁸⁸ V. le projet du professeur Tod Machover cité par la CNIL, p. 56.

³⁸⁹ *Les données comme infrastructure essentielle*, rapport de l'administrateur des données sur la donnée dans les administrations, 2016-2017, p. 29.

³⁹⁰ En ce sens, v. les développements et propositions formulées dans le rapport de l'administrateur des données sur la donnée dans les administrations, 2016-2017, *Les données comme infrastructure essentielle*, préc.

Liste des auditions et contributions écrites

Administrations et organismes publics

Ministère de la culture, Direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC) :

- Nicolas Georges, directeur adjoint, chargé du livre et de la culture ;
- Jean-Baptiste Gourdin, chef de service, adjoint au directeur général.

Ministère de la culture, Service des affaires juridiques et internationales (SAJI) :

- Alban de Nervaux, chef du service ;
- Estelle Airault, cheffe du bureau des affaires européennes ;
- Aurélie Champagne, chargée de mission au bureau des affaires européennes ;
- Anne Le Morvan, cheffe du bureau de la propriété intellectuelle ;
- David Pouchard, adjoint au chef du bureau de la propriété intellectuelle ;
- Samuel Bonnaud-Le Roux, chargé de mission au bureau de la propriété intellectuelle.

Secrétariat général des affaires européennes (SGAE) :

- Renaud Halem, conseiller judiciaire ;
- Julie Allermoz-Bouzit, adjointe à la conseillère juridique.

Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat (DINSIC) :

- Henri Verdier, directeur ;
- Perica Sucevic, directeur adjoint de la mission Etalab, conseiller juridique ;
- Simon Chignard, mission Etalab, data editor.

Institut national de l'audiovisuel (INA) :

- Jean-François Debarnot, directeur juridique ;
- Barbara Mutz, responsable du département des affaires juridiques et réglementaires ;
- Eléonore Alquier, cheffe du service développement et missions ;
- Jean Carrive, responsable du département recherche et innovation numérique.

Institut national de la recherche en informatique et en automatique (INRIA) :

- Claude Kirchner, directeur de recherche.

Institutions européennes

Parlement européen :

- Virginie Rozière, députée européenne du Parti socialiste européen ;
- Catherine Lorrain, conseillère juridique du groupe Les Verts/Alliance libre européenne.

Commission européenne, DG Connect :

- Sarah Jacquier, experte nationale détachée ;

- Caroline Colin, Copyright Unit.

Commission européenne, DG Just :

- Katia Vieriö, cheffe adjointe de l'unité « droit des contrats » ;
- Eleni Kostopoulou, experte nationale détachée.

Organisations intéressées

Syndicat de la presse quotidienne nationale (SPQN) :

- Samir Ouachtati, responsable des affaires juridiques et sociales.

Groupe Les Echos – Le Parisien :

- Xavier Genovesi, directeur juridique.

Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) :

- Valérie Barthez, directrice juridique.

Syndicat national de l'édition (SNE) :

- Julien Chouraqui, directeur juridique.

Société française des intérêts des auteurs de l'écrit (SOFIA) :

- Florence-Marie Piriou, secrétaire générale.

Société des gens de lettres (SGDL) :

- Maïa Bensimon, responsable juridique.

Groupe Madrigall :

- Liliane de Carvalho, responsable juridique.

Personnalités qualifiées

Mohamed Adnene Trojette, secrétaire général adjoint de la Cour des comptes

Camille Domange, Group General Counsel & Director of Public Affairs chez EndemolShine France Group

Alain Strowel, professeur de droit à l'Université Saint-Louis Bruxelles et à l'Université catholique de Louvain