

INTELLECTUELE EIGENDOM, RECHT EN TECHNOLOGIE / DROITS INTELLECTUELS, DROIT ET
TECHNOLOGIE

Directive n° 2019/790 sur le droit d’auteur et les droits voisins Dans le marché unique numérique: aperçu de cinq pierres angulaires¹

Stéphanie Hermoye et Mailys Sahagun^{2,3}

I. Introduction	279
II. Les exceptions	280
III. Les « out of commerce »	282
IV. Les droits des éditeurs de presse	282
V. Le value gap	284
VI. Les contrats d’exploitation	286
VII. Conclusion	287

RÉSUMÉ

La directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique comprend de nombreux volets, mais les plus importants concernent sans aucun doute ces cinq domaines: les exceptions, les œuvres indisponibles dans le commerce, le droit des éditeurs de presse, la disposition dite de « l’écart de valeur » (« value gap ») et les contrats d’exploitation. La présente contribution propose un aperçu général de ces cinq domaines, préalablement à la transposition de cette directive en droit belge.

SAMENVATTING

De richtlijn inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt bevat talrijke aspecten, maar de belangrijkste zijn ongetwijfeld te herleiden tot deze vijf domeinen: de uitzonderingen, niet in de handel zijnde werken, het uitgeversrecht, de zgn. “value gap”-bepaling en de exploitatiecontracten. Deze bijdrage geeft een algemeen overzicht van deze vijf domeinen vóór de omzetting van deze richtlijn in Belgisch recht.

I. INTRODUCTION

1. L’aboutissement d’un long parcours. Au terme d’un long parcours semé d’embûches et caractérisé par d’intenses pressions et des débats houleux⁴, la directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (« la directive ») est entrée en vigueur le 17 mai 2019,

jour de sa publication au *Journal officiel*⁵.

Les Etats membres ont jusqu’au 7 juin 2021 pour transposer celle-ci dans leur législation nationale⁶. Des propositions législatives concrètes ont déjà été émises dans certains états⁷.

¹. Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives nos 96/9/CE et 2001/29/CE (*J.O.U.E.*, L. 130, 17 mai 2019, pp. 92–125), dénommée dans la publication « la directive ».

². Avocates au barreau de Bruxelles.

³. Les auteures ont contribué à une première analyse, voir égal. F. BRISON, S. HERMOYE et M. SAHAGUN, « Actualités législatives en droit d’auteur », in N. BERTHOLD, *Droit de la propriété intellectuelle. Actualité législative et jurisprudence récente de la Cour de justice de l’Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 31–45.

⁴. La proposition initiale de la Commission européenne date déjà de septembre 2016.

⁵. Art. 31 de la directive.

⁶. Des informations à propos du statut de la transposition dans les Etats membres figurent sur le portail créé par l’association COMMUNIA, accessible en ligne via le lien suivant: www.twobirds.com/en/in-focus/copyright-directive.

⁷. Voir not. la proposition des Pays-Bas, « Implementatiewetsvoorstel Richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt », dont la version publiée le 2 juillet 2019 est accessible en ligne via le lien suivant: www.internetconsultatie.nl/auteursrecht.

La France en a, elle, déjà réalisé une transposition partielle⁸. Quant à la Belgique, des discussions sont actuellement en cours au Conseil de la propriété intellectuelle.

2. Objectifs. L'évolution rapide des technologies a généré l'apparition de nouveaux modèles économiques et de nouveaux acteurs: les œuvres ne sont plus produites et exploitées de la même manière. La législation en la matière doit donc s'adapter pour ne pas entraver l'évolution des technologies. Comme relevé dans le considérant 3 de la directive, « *si les objectifs et les principes définis par le cadre de l'Union en matière de droit d'auteur restent satisfaisants, une insécurité juridique subsiste, tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, en ce qui concerne certaines utilisations, notamment transfrontières, d'œuvres ou autres objets protégés dans l'environnement numérique. [...] il est*

nécessaire, dans certains domaines, d'adapter et de compléter le cadre actuel de l'Union en matière de droit d'auteur, tout en préservant un niveau élevé de protection du droit d'auteur et des droits voisins ».

Dans la présente contribution, nous aborderons cinq pierres angulaires de la directive, à savoir, premièrement, les exceptions et, plus spécifiquement les mesures adaptant certaines de celles-ci à l'environnement numérique et transfrontière (II.), deuxièmement, les œuvres « indisponibles dans le commerce » (III.), troisièmement, les droits des éditeurs de presse (IV.), quatrièmement, le « value gap » qui vise l'utilisation d'œuvres par les prestataires de services en ligne qui stockent et donnent accès à des contenus téléversés par leurs utilisateurs (V.), et cinquièmement les contrats d'exploitation (VI.).

II. LES EXCEPTIONS

3. Obligatoires cette fois-ci. Le législateur européen a été forcé de constater l'inadéquation des exceptions existantes à l'ère numérique dans laquelle nous vivons: l'utilisation d'œuvres s'y fait sous de nouvelles formes, et de manière de plus en plus transfrontalière. Il a donc décidé d'ajouter⁹ aux exceptions et limitations existantes, prévues pour des modes d'utilisation plus traditionnelles et facultatives, de nouvelles exceptions obligatoires, adaptées aux usages digitaux.

Ces nouvelles exceptions ne visent cependant principalement que les domaines suivants: l'enseignement, la conservation du patrimoine culturel, la recherche scientifique et l'innovation¹⁰.

4. Deux exceptions peu surprenantes pour l'enseignement et la conservation du patrimoine culturel. Les exceptions prévues aux articles 5 et 6 de la directive sont assez peu controversées.

La première crée un cadre pour l'utilisation numérique d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre d'activités pédagogiques¹¹, sous la responsabilité d'un établissement d'enseignement. L'exception ne peut être limitée contractuellement mais peut l'être par les Etats membres si des licences appropriées sont déjà facilement disponibles. Par ailleurs, les Etats membres restent libres de prévoir une com-

pensation équitable pour les titulaires de droits en contrepartie d'une telle utilisation¹². Pour pallier cette harmonisation incomplète dans un contexte transfrontière, la directive instaure le principe selon lequel les actes autorisés en la matière se produisent uniquement dans l'Etat membre où se trouve l'établissement scolaire concerné.

La seconde accorde aux établissements de préservation du patrimoine culturel (donc les bibliothèques, musées, archives, institutions dépositaires d'un patrimoine sonore ou cinématographique) la faculté de faire des copies d'œuvres appartenant à leurs propres collections ou à celles qu'ils détiennent en permanence, dans le but de les préserver.

5. Et un nouvel outil précieux pour la recherche scientifique et l'innovation. Les articles 3 et 4, concernant « la fouille de textes et de données » ou encore *text and data mining* (« TDM »), ont, eux, fait l'objet de plus vives discussions.

Le TDM est défini par la directive comme « *toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations* »¹³. Il s'agit donc d'un outil qui stimule la recherche scientifique et l'innovation en permettant l'analyse de vastes quantités de

⁸. Voir la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, *J.O.R.F.*, 26 juillet 2019. Il est prévu que les autres articles de la directive soient mis en œuvre par la future loi relative à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique (projet de loi n° 2488 du 5 décembre 2019). La mise en œuvre de la directive sur le droit d'auteur n'est qu'une petite partie de ce projet.

⁹. Les limitations et exceptions existantes continuent donc à exister et à s'appliquer, pour autant qu'elles ne limitent pas le champ d'application des nouvelles exceptions.

¹⁰. Considérant 5 de la directive.

¹¹. Notamment en ligne et dans des situations transfrontières; voir considérant 19 de la directive.

¹². Considérant 24 de la directive.

¹³. Art. 2, (2), de la directive.

données pour en dégager des conclusions qui ne pourraient sinon que difficilement, voire pas du tout, l'être.

Cet outil implique des étapes¹⁴ qui empiètent potentiellement¹⁵ sur les droits d'auteur (copie (temporaire)¹⁶) d'œuvres) ou le droit *sui generis* sur les bases de données (extraction de contenu d'une base de données).

Les droits auxquels dérogent les articles 3 et 4 de la directive, sont les droits exclusifs de reproduction, d'extraction et/ou de réutilisation du contenu prévus par les directives n° 2001/29 et n° 96/9141.

La directive introduit deux régimes d'exception. Le premier bénéficie exclusivement aux organismes de recherche¹⁷ et aux institutions du patrimoine culturel¹⁸. Ces entités sont autorisées à effectuer des reproductions et extractions d'œuvres ou autres objets protégés à la double condition: (i) d'y avoir obtenu accès de manière licite¹⁹; et (ii) d'agir à des fins de recherche scientifique. Compte tenu de la nature et de l'étendue limitées de l'exception, le considérant 17 de la directive dispense les Etats membres de prévoir, pour les titulaires de droit, une compensation pour les utilisations relevant de ce régime. Le second régime d'exception, beaucoup plus large, peut bénéficier à tout un chacun, à condition: (i) d'avoir obtenu accès aux œuvres ou autres objets protégés concernés de manière licite²⁰; (ii) de ne conserver

les reproductions et extractions effectuées sur cette base qu'aussi longtemps que nécessaire aux fins de la fouille de textes et de données²¹; et (iii) que les titulaires de droits sur ces œuvres ou objets protégés n'aient pas expressément réservé l'utilisation de celles-ci d'une manière appropriée, notamment par des procédés lisibles par machine pour les contenus mis à la disposition du public en ligne²². Il s'agit ainsi de la seule exception à laquelle il peut être dérogé contractuellement.

6. De nombreuses critiques²³. Nombre d'acteurs actifs dans le secteur des technologies, du journalisme et de la recherche privilégiaient plutôt: (i) une exception unique couvrant l'ensemble des personnes disposant d'un accès légal aux œuvres ou autres objets protégés concernés²⁴; (ii) qu'il soit interdit de déroger contractuellement à cette exception; (iii) que des mesures techniques ne puissent être utilisées pour restreindre de façon déraisonnable l'accès des bénéficiaires de l'exception²⁵; et (iv) que les ensembles de données créés par TDM puissent être stockés sur des serveurs sécurisés en vue d'une vérification ultérieure²⁶.

Ces acteurs déplorent par ailleurs l'exclusion des chercheurs indépendants, des journalistes et de l'industrie en général de cet accès privilégié à une technologie pourtant essentielle à l'innovation. Ils affirment également que la création de deux

14. Pour une explication du fonctionnement du TDM, voir C. GEIGER, G. FROSIO et O. BULAYENKO, « The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal Aspects », *Centre for International Intellectual Property Studies (CEIPI)*, Research Paper No. 2018-02, 2018, pp. 7-8, accessible en ligne via: www.ssrn.com/abstract=3160586.

15. Il a été affirmé que le TDM ne relevait tout simplement pas de l'exploitation d'une œuvre, mais ce propos dépasse l'objet de la présente analyse, voir i.a. à cet égard: *European Copyright Society's General Opinion on the EU Copyright Reform Package of 24 January 2017*, pp. 5-6, accessible en ligne via: www.europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf et *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules PART B Exceptions and Limitations*, pp. 3 et s., accessible en ligne via: www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI-Position-Paper_TDM_2017-01-14-corr_def.pdf. Voir *contra*: considérant 8 de la directive, qui affirme que « la fouille de textes et de données peut entraîner des actes protégés par le droit d'auteur, par le droit sui generis sur la base de données, ou par les deux, notamment en ce qui concerne la reproduction d'œuvres ou autres objets protégés, l'extraction de contenus d'une base de données, ou les deux, ce qui est par exemple le cas lorsque les données sont normalisées lors du processus de fouille de textes et de données ».

16. Malgré le caractère temporaire de ces reproductions, l'art. 5, 1., de la directive n° 2001/29 n'offre pas, à lui seul, un cadre juridique certain au TDM, notamment parce que cette exception est soumise à de strictes conditions d'application (voir l'arrêt *Infopaq*: C.J.U.E., 17 janvier 2012, C-302/10, EU:C:2012:16).

17. Définis à l'art. 2, (1), de la directive. Voir égal. ses considérants 11 et 12.

18. Définies à l'art. 2, (3), de la directive. Voir égal. son considérant 13.

19. L'accès licite devrait s'entendre comme couvrant l'accès à des contenus fondé sur une politique de libre accès ou en vertu d'arrangements contractuels ainsi que l'accès à des contenus librement accessibles en ligne. Voir considérant 14 de la directive.

20. *Ibid.*

21. Les reproductions et extractions effectuées en vertu de l'art. 3 peuvent, elles, être conservées aux fins de la recherche scientifique, y compris pour la vérification des résultats de la recherche (art. 3, 2., de la directive).

22. Le considérant 18 de la directive prévoit qu'en ce qui concerne les contenus mis à disposition du public en ligne, la réservation des droits ne devrait être jugée appropriée que si elle est effectuée au moyen de procédés lisibles par machine, y compris des métadonnées et les conditions générales d'utilisation d'un site internet ou d'un service.

23. Nous résumons les principales critiques, tout en précisant que notre but n'est pas de prendre personnellement position dans le cadre de la présente publication.

24. De nombreux acteurs du monde de la recherche soutiennent en effet que « The right to read is the right to mine » (« Le droit de lire donne le droit de fouiller »), voir not.: www.leru.org/news/the-right-to-read-is-the-right-to-mine ou encore www.gov.uk/government/publications/growing-the-artificial-intelligence-industry-in-the-uk. La European Copyright Society rejoint également cet avis, voir: *European Copyright Society's General Opinion on the EU Copyright Reform Package of 24 January 2017*, p. 5, accessible en ligne via: www.europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf.

25. Ce point a été intégré dans le premier régime d'exception bénéficiant aux organismes de recherche et aux institutions du patrimoine culturel; voir art. 3, 3., de la directive.

26. Voir pour un aperçu de l'ensemble de ces revendications: European Alliance for Research Excellence, « The European Parliament must improve the Text and Data Mining (TDM) exception to benefit European research and innovation », 26 mars 2018, accessible en ligne via le lien suivant: www.eare.eu/assets/uploads/2018/03/OpenLetter-to-JURI-Committee-on-TDM_26March2018.pdf.

régimes distincts affaiblira la position internationale de l'U.E. en matière d'analyse de données et d'intelligence artificielle, entraînant sans doute la relocalisation de nombreux projets de recherche dans des pays dotés d'une législation

plus souple, comme les Etats-Unis²⁷. Certains pourraient par ailleurs voir dans le second régime d'exception (plus large) un système d'*opt out* qui se serait dangereusement glissé dans le système du droit d'auteur et des droits voisins.

III. LES « OUT OF COMMERCE »

7. Œuvres et autres objets protégés indisponibles dans le commerce. L'article 8 de la directive vise les œuvres « indisponibles dans le commerce », c'est-à-dire celles qui sont encore protégées par le droit d'auteur mais qu'il n'est plus possible de trouver sur le marché²⁸.

Les caractéristiques de ces œuvres rendent en effet l'obtention de licences pour les numériser ou les diffuser auprès du public particulièrement difficile pour les institutions de gestion du patrimoine culturel (p. ex., les archives et les musées) qui en disposent de manière permanente dans leurs collections²⁹.

8. La solution envisagée. Le mécanisme d'octroi de licences introduit par l'article 8, 1., de la directive permettra aux institutions de gestion du patrimoine culturel³⁰ d'obtenir plus facilement des licences non exclusives de la part des organismes de gestion collective représentant les titulaires de droits concernés (sous certaines conditions, notamment en ce qui concerne la représentativité du type d'œuvres/prestations, et indépendamment du fait que tous ces titulaires aient effectivement mandaté cet organisme à cet égard)³¹.

L'article 9 de la directive assure l'effectivité transfrontalière de ces licences au sein de l'Union européenne.

L'article 8, 3., envisage la possibilité qu'il n'existe pas d'organisme de gestion collective suffisamment représentatif des titulaires de droits dans un domaine donné, les institutions de gestion du patrimoine culturel n'ayant alors pas d'interlocuteur avec lequel négocier une licence. Dans ce cas, une nouvelle exception obligatoire au droit d'auteur et droits voisins/*sui generis* est prévue à l'article 8, 2., de la directive. Celle-ci permet aux institutions de gestion du patrimoine culturel de rendre disponibles, sur des sites web non commerciaux, des œuvres indisponibles dans le commerce (à condition de respecter, dans la mesure du possible, le droit de paternité des titulaires de droits).

Notons que les titulaires de droits doivent pouvoir exclure leurs œuvres du mécanisme d'octroi de licence et de l'exception précités, à tout moment, « facilement et de manière effective », soit de manière générale, soit dans des cas spécifiques, y compris après la conclusion d'un contrat de licence ou après le début de l'autorisation concernée (art. 8, 4., de la directive).

IV. LES DROITS DES ÉDITEURS DE PRESSE

9. Introduction. Comme première mesure « visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur » (Titre IV), la directive mentionne les « droits sur les publications ». Il s'agit d'une part, de la « protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations en ligne » (art. 15³²), très contestée, et d'autre part, de la

« demande de compensation équitable » (art. 16), moins contestée.

10. La demande de compensation équitable. Au vu de l'arrêt *Reprobel*³³, le législateur européen a expressément inclus, dans la directive, la faculté pour les Etats membres de

²⁷ Voir not.: CREATE, « The Text and Data Mining exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why it is not what EU copyright law needs », 25 avril 2018, accessible en ligne via le lien suivant: www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/; European Alliance for Research Excellence, « Securing Europe's leadership in the data economy by revising the Text and Data Mining (TDM) exception », 26 septembre 2017, accessible en ligne via le lien suivant: www.eare.eu/assets/uploads/2017/09/Open_Letter_on_TDM_to_the_Council_26_September_2017-1.pdf; L. KOSCHWITZ, « The EU just told data mining startups to take their business elsewhere », 6 septembre 2016, accessible en ligne via le lien suivant: www.euractiv.com/section/digital/opinion/the-eu-just-told-data-mining-startups-to-take-their-business-elsewhere/.

²⁸ Voir la définition qui en est donnée à l'art. 8, 5., de la directive. Ce dernier prévoit également que les Etats membres ont la faculté de prévoir des exigences spécifiques à cet égard, en consultation avec les parties intéressées (art. 11 de la directive). Voir égal. la restriction prévue à l'art. 8, 7.

²⁹ Considérant 30 de la directive.

³⁰ Bien entendu, l'utilisation ici envisagée est exclusivement entendue à des fins non commerciales (art. 8, 1., de la directive).

³¹ Ce mécanisme n'est pas sans rappeler l'« Extended collective licensing » (« ECL »), système de licence collective initialement mis en place dans les pays nordiques dans les années 1960. Les domaines dans lesquels l'ECL y est utilisé sont par exemple les émissions de télévision et de radio. L'art. 12 de la directive permet aux Etats membres d'autoriser les organismes de gestion collective à conclure, sous certaines conditions, des licences concernant les droits de non-membres à d'autres utilisations.

³² Cet article portait, jusqu'au vote du 29 mars 2019, le n° 11. Bon nombre de commentaires à son sujet font donc référence à cette ancienne numérotation.

³³ C.J.U.E., 12 novembre 2015, C-572/13, EU:C:2015:750.

prévoir que lorsqu'un auteur a transféré ou licencié un droit à un éditeur, ce transfert ou cette licence constitue un fondement juridique suffisant pour que l'éditeur puisse recevoir une part de la compensation versée pour les utilisations de l'œuvre faites dans le cadre d'une exception ou d'une limitation³⁴.

Cette précision n'a plus beaucoup de pertinence pour la Belgique, après la loi du 22 décembre 2016³⁵.

11. Les utilisations en ligne des publications de presse. Plus intéressant encore, le législateur européen a introduit un nouveau droit voisin dans le but de garantir une presse libre et pluraliste³⁶.

Les éditeurs de publications de presse établis dans un Etat membre reçoivent un droit exclusif de reproduction et de mise à disposition du public *on demand*, à exercer vis-à-vis des fournisseurs de services de la société de l'information. Ce droit ne s'applique ni aux utilisations privées, ni aux actes liés aux hyperliens, ni à l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits³⁷. Ils devraient en outre être soumis aux mêmes dispositions en matière d'exceptions et de limitations que celles applicables aux droits prévus par la directive n° 2001/29, notamment en cas de citations faites à des fins de critique ou de revue³⁸. Ces droits expirent 2 ans après la publication de la publication de presse (art. 15, 4.).

La notion de publications de presse ne couvre que les publications journalistiques publiées dans les médias (quelles qu'elles soient, y compris sur papier) dans le contexte d'une activité économique qui constitue une fourniture de services en vertu du droit de l'U.E., comme, par exemple, des journaux quotidiens, des magazines hebdomadaires ou men-

suels, y compris les magazines vendus sur abonnement, et des sites internet d'information. Par contre, elle ne couvre ni les publications périodiques, publiées à des fins scientifiques ou universitaires (p. ex. les revues scientifiques), ni les sites internet qui fournissent des informations dans le cadre d'une activité non effectuée à l'initiative et sous la responsabilité et le contrôle éditorial d'un fournisseur de services, tel que l'éditeur de presse (p. ex. les blogs)³⁹.

Ces droits existent indépendamment des droits d'auteur et des droits voisins sur les œuvres et prestations protégées et intégrées dans une publication de presse (art. 15, 2.), et sans leur porter préjudice⁴⁰.

Une part appropriée des revenus perçus par les éditeurs de presse de la part des fournisseurs de services de la société de l'information pour l'utilisation de leurs publications de presse doit revenir aux auteurs d'œuvres intégrées dans celle-ci (art. 15, 5.).

A défaut d'avoir déclaré ce nouveau droit inaliénable, sera-t-il effectif? La France est le premier pays de l'U.E. à transposer ce nouveau droit voisin⁴¹ et a opté pour un droit auquel les éditeurs peuvent renoncer⁴². Google a rapidement réagi à cette loi par un communiqué de presse qui annonce sa décision de ne plus reprendre que les contenus et vignettes des éditeurs qui l'autorisent à le faire gratuitement⁴³. Saisie en conséquence par plusieurs syndicats représentant les éditeurs de presse⁴⁴ ainsi que par l'Agence France-Presse, l'Autorité française de la concurrence a rendu une première décision à ce sujet le 9 avril 2020⁴⁵: celle-ci a estimé que les pratiques de Google étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante, et portaient une atteinte grave et immédiate au secteur de la presse. Elle a en conséquence

34. Le considérant 60 de la directive (« Tous les Etats membres devraient être autorisés à prévoir que, lorsque des auteurs ont transféré ou licencié leurs droits à un éditeur et qu'il existe des systèmes en place pour compenser le dommage qui leur est causé par une exception ou une limitation, y compris par l'intermédiaire d'un organisme de gestion collective qui représente conjointement les auteurs et les éditeurs, ces éditeurs ont droit à une part de cette compensation. ») semble même pouvoir recevoir une application plus large. Voir aussi la question et réponse parlementaire en ce sens: J. MATÁLKA et E-004361/2018, 28 août 2018, accessible en ligne via le lien suivant: www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-004361_EN.html et M. Gabriel, E-004361/2018, 12 octobre 2018, accessible en ligne via le lien suivant: www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-004361-ASW_EN.html.

35. Loi du 22 décembre 2016 modifiant certaines dispositions du Livre XI du Code de droit économique (M.B., 29 décembre 2016). Cette loi instaure notamment un droit destiné à permettre aux éditeurs de recevoir une rémunération pour les reproductions sur papier de leurs éditions sur papier (art. XI.318/1 CDE). Ce droit est d'une durée de 50 ans à compter de la première édition papier et n'enlève rien au droit à rémunération des auteurs. La rémunération envisagée est, comme pour les auteurs, proportionnelle et déterminée en fonction du nombre de reproductions d'œuvres protégées (art. XI.318/2 CDE). Le Roi est, entre autres, chargé de déterminer le montant de la rémunération ainsi que ses modalités de perception (art. XI.318/3 CDE).

36. Considérants 54 et 55 de la directive.

37. Art. 15, 1., de la directive. Le droit s'applique donc à l'utilisation de publications de presse intégrales, mais aussi en parties, à l'exclusion des « très courts extraits ». Cette dernière réserve doit toutefois être interprétée de manière à ne pas affecter l'efficacité du nouveau droit et à ne pas fragiliser les investissements des éditeurs (considérant 58 de la directive).

38. Et les droits octroyés aux éditeurs de publications de presse ne devraient pas s'étendre aux simples faits rapportés dans les publications de presse (considérant 57 de la directive).

39. Considérant 56 de la directive.

40. Considérant 59 de la directive.

41. Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.

42. Voir art. L. 218-3 du Code de la propriété intellectuelle français.

43. R. GINGRAS, « Nouvelles règles de droit d'auteur en France: notre mise en conformité avec la loi », 25 septembre 2019, accessible en ligne via le lien suivant: www.france.googleblog.com/2019/09/comment-nous-respectons-le-droit-dauteur.html.

44. Le syndicat des éditeurs de la presse magazine et l'Alliance de la presse d'information générale.

45. Cette décision est accessible sur le site de l'Autorité française de la concurrence, via le lien suivant: www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-demandes-de-mesures-conservatoires-presentees-par-le-syndicat-des-editeurs-de-

ordonné des mesures d'urgence à son encontre, qui demeureront en vigueur jusqu'à la publication de la décision au fond de l'Autorité. En substance, Google est tenu de négocier de bonne foi avec les éditeurs et agences de presse qui en feraient la demande, selon des critères transparents, objectifs et non discriminatoires. Cette injonction impose que les négociations aboutissent effectivement à une proposition de rémunération de la part de Google.

Cette situation n'est pas sans rappeler celle de l'Allemagne, où une législation similaire avait été introduite avant l'existence de la directive⁴⁶. L'Espagne avait, elle, opté pour un droit auquel les éditeurs de presse ne pouvaient renoncer, sans rencontrer plus de succès⁴⁷.

12. De nombreuses critiques⁴⁸. Certains ont mis en garde contre une potentielle distorsion de la libre concurrence: selon eux, cette disposition constituerait une barrière à l'entrée sur le marché européen de l'information en ligne et privilégierait les plus grands fournisseurs de contenu en ligne (comme Google News), capables de payer les nouveaux coûts nécessaires, au détriment des plus petites entités et des start-ups. D'autres soutiennent qu'en rendant payante la reproduction d'extraits de publications de presse « dignes de confiance », la propagation de « Fake News », elles, probablement gratuites, serait encouragée. Enfin, se pose la question de l'efficacité et de la possible renonciation à ce droit que nous avons esquissée ci-dessus: les législations similaires introduites en Espagne et en Allemagne seraient un échec.

V. LE VALUE GAP

13. Le value gap, c'est quoi? L'article 17⁴⁹ de la directive est le fruit d'un compromis entre des intérêts très opposés. Il est celui qui, avec l'article 15, a suscité le plus de controverse. Il a donné lieu à de vives critiques de la part des défenseurs des libertés numériques⁵⁰, selon lesquels sa mise en œuvre pratique pourrait être fatale pour l'Internet tel que nous le connaissons aujourd'hui.

L'article 17 cherche à remédier à ce que l'on désigne dans le jargon le « value gap », c'est-à-dire la distorsion entre, d'une part, la valeur provenant de l'offre de contenu protégé par des droits d'auteur et voisins qui est perçue par les plateformes de téléchargement de contenu et, d'autre part, les revenus qui sont rétribués aux titulaires des droits concernés. Les conséquences d'un tel « creux » seraient, d'un côté, une indemnisation trop faible (voire même inexistante) pour les ayants droit et, de l'autre, un dérèglement de la concurrence sur le marché⁵¹.

Depuis 2001, nous vivons sous l'empire d'un cadre législatif dépassé qui n'intégrait pas le rôle de certains opérateurs se livrant à leurs activités sans rémunération pour les auteurs. L'article 17 constitue donc une avancée majeure permettant de rétablir le juste équilibre entre les droits fondamentaux impliqués⁵².

14. La fin d'une incertitude. Tant que subsistait une incertitude juridique quant à la question de savoir si les plateformes de partage de contenu se livraient à des actes couverts par le droit d'auteur et les droits voisins et devaient par conséquent obtenir, de la part des ayants droit, une autorisation pour offrir du contenu téléchargé par leurs utilisateurs, les ayants droit n'étaient pas en mesure de déterminer si, et dans quelles conditions, leurs œuvres étaient exploitées, ainsi que leurs possibilités d'obtenir une rémunération appropriée⁵³. L'article 17 de la directive met fin à cette

⁴⁶ Faute de notification préalable à la Commission européenne conformément à la directive n° 98/34/CE, cette loi allemande a été déclarée inapplicable par la Cour de justice de l'Union européenne; voir C.J.U.E., 12 septembre 2019, C-299/17, ECLI:EU:C:2019:716.

⁴⁷ Voir not.: European Copyright Society, « General Opinion on the EU Copyright Reform Package », 24 janvier 2017, accessible en ligne via le lien suivant: www.europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs-opinion-on-eu-copyright-reform-def.pdf, p. 6.

⁴⁸ Nous précisons à nouveau que notre but n'est pas de prendre personnellement position dans le cadre de la présente publication.

⁴⁹ Cet article portait, jusqu'au vote du 29 mars 2019, le n° 13. Bon nombre de commentaires à son sujet font donc référence à cette ancienne numérotation. Pour un exposé détaillé concernant cet article, nous renvoyons notamment au site internet qui y est dédié: www.article13.info/. Celui-ci a été créé par « EUROPE FOR CREATORS », un groupement d'organisations professionnelles d'écrivains, de musiciens, de producteurs, de comédiens et de cinéastes européens.

⁵⁰ Voir not.: EUROPE FOR CREATORS, « The murky campaign to kill Art. 13 », 4 février 2019, accessible en ligne via le lien suivant: www.article13.org/blog/the-murky-campaign-to-kill-article-13?categoryId=79632; EUROPE FOR CREATORS, « Why YouTube is fighting Art. 13 », 16 janvier 2019, accessible en ligne via le lien suivant: www.article13.org/blog/why-youtube-is-fighting-article-13?categoryId=79632; J. REDA, « Brutal: le texte de l'article 13 et celui de la directive de l'UE sur le droit d'auteur vient d'être finalisé », 15 février 2019, accessible en ligne via le lien suivant: www.juliareda.eu/2019/02/brutal-article-13-finalise/.

⁵¹ E. ROSATI, « The value gap proposal in the latest Franco-German deal: what are the key points? », 5 février 2019, accessible en ligne via le lien suivant: www.ipkitten.blogspot.com/2019/02/the-value-gap-proposal-in-latest-franco.html.

⁵² Voir à ce sujet les réflexions complémentaires de l'ALAI du 16 octobre 2017 relatives aux propositions européennes du 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par la voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés, accessibles en ligne via: www.alai.org/assets/files/resolutions/171016-alai-reflexions-complementaires-value-gap.pdf.

⁵³ Considérant 61 de la directive.

incertitude: en l'absence d'autorisation explicite⁵⁴, le contenu protégé ne peut plus circuler.

15. Les plateformes visées. L'article 17 vise le fournisseur de services de partage de contenus en ligne, défini par l'article 2, (6), comme étant le fournisseur « d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante⁵⁵ d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléchargés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives »⁵⁶ (les « plateformes »).

Ce que la directive entend viser, ce sont donc les plateformes opérant dans un but lucratif, qui ne sont pas elles-mêmes à l'origine du contenu mis à disposition, mais qui fondent leurs activités sur le contenu téléchargé par les utilisateurs et tentent d'attirer l'audience la plus large possible. Toute une série d'opérateurs sont par contre exclus du champ d'application de l'article 17 de la directive, par exemple les encyclopédies en ligne qui ne poursuivent pas de but lucratif (comme Wikipédia) ou encore les fournisseurs de services cloud qui permettent aux utilisateurs de télécharger du contenu pour leur propre usage (comme Dropbox)⁵⁷. Conformément au principe de proportionnalité, un régime plus souple est par ailleurs prévu pour les jeunes opérateurs qui démarrent leurs activités⁵⁸.

16. Une autorisation requise. Selon l'article 17, les plateformes se livrent à un acte de communication au public ou de mise à disposition de celui-ci, lorsqu'elles donnent accès au public à du contenu protégé par le droit d'auteur, téléchargé par les utilisateurs.

Elles doivent, par conséquent, obtenir une autorisation de la part des ayants droit concernés⁵⁹, favorisant ainsi le développement du marché des licences entre les plateformes et les ayants droit. Obtenir l'autorisation requise, c'est le plan pre-

mier. C'est une approche qui a été principalement plébiscitée par l'industrie musicale qui collabore d'ailleurs déjà depuis des années avec YouTube sur base de son Content ID System permettant aux ayants droit de monitorer le contenu leur appartenant⁶⁰.

17. Pas d'exonération de responsabilité. A moins qu'il ne s'agisse de situations tombant en dehors du champ d'application de la directive⁶¹, sous-entendu, pour de la responsabilité qui n'a pas trait au droit d'auteur⁶², les plateformes ne bénéficient donc pas du régime d'exonération de responsabilité de l'article 14, 1., de la directive n° 2000/31/CE relative au commerce électronique (ci-après la « directive n° 2000/31 »⁶³).

18. Et si l'autorisation n'est pas obtenue? Dans la mesure où les plateformes donnent accès à du contenu dont elles ne sont pas à l'origine mais qui est téléchargé par leurs utilisateurs, qu'en est-il si elles n'obtiennent pas l'autorisation requise? L'article 17, 4., de la directive les rend responsables, à moins qu'elles ne prouvent (i) avoir fourni leurs meilleurs efforts (a) pour obtenir une autorisation et, à défaut de telle autorisation, (b) pour garantir l'indisponibilité d'œuvres non autorisées (sur base des informations reçues de la part des ayants droit, p. ex. sous forme d'empreintes) et (ii) en toute hypothèse, sur demande des ayants droit, avoir agi promptement pour bloquer l'accès aux œuvres et empêcher leur téléchargement futur.

Si un ayant droit décide de ne pas accorder de licence, c'est un travail de collaboration entre les plateformes et les ayants droit qui devra s'instaurer afin d'empêcher l'accès aux œuvres sur celles-ci.

Pour déterminer si une plateforme s'est conformée à ses obligations, divers facteurs seront pris en compte, tels l'audience et la taille du service, le type d'œuvres téléchar-

⁵⁴. Selon l'ALAI, c'est bien des ayants droit qu'une telle autorisation devrait émaner et non du législateur via une licence légale; voir projet d'avis de l'ALAI concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'art. 17 de la directive (UE) n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, accessible en ligne via le lien suivant: www.alai.org/assets/files/resolutions/200330-opinion-article-17-directive-2019_790-fr.pdf.

⁵⁵. La directive ne précise pas ce qu'il faut entendre par « quantité importante », ce qui sera source de discussions et d'incertitude, mais devra s'interpréter selon le bon sens. Elle se contente de préciser qu'il faudra évaluer ceci au cas par cas en tenant compte de divers facteurs tels que l'audience du service et le nombre de fichiers téléchargés par les utilisateurs (considérant 63 de la directive).

⁵⁶. Voir égal. le considérant 62 de la directive.

⁵⁷. Art. 2, (6), et considérant 62 de la directive.

⁵⁸. Art. 17, 6., de la directive. Ce régime assoupli vise plus spécifiquement les nouveaux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne dont les services ont été mis à la disposition du public dans l'UE depuis moins de 3 ans, et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros, à condition que le nombre moyen de visiteurs uniques par mois de tels fournisseurs de services ne dépasse pas les 5 millions.

⁵⁹. Selon D. Visser, cette tâche sera plus aisée dans le cadre de l'industrie musicale que dans celui de l'industrie cinématographique; voir: D. VISSER, « Trying to understand Art. 17 », work in progress, version of 17 March 2019, accessible en ligne via: www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3354494, points F et Q.

⁶⁰. T. KREUTZER, « The EU copyright Directive and its potential impact on cultural diversity on the Internet », Part I, Kluwer Copyright Blog, 22 janvier 2020.

⁶¹. Art. 17, 3., de la directive.

⁶². Voir: E. ROSATI, « The value gap proposal in the latest Franco-German deal: what are the key points? », 5 février 2019, accessible en ligne via le lien suivant: www.ipkitten.blogspot.com/2019/02/the-value-gap-proposal-in-latest-franco.html.

⁶³. Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (J.O., L. 178 du 17 juillet 2000, p. 1).

gées et la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les plateformes⁶⁴.

19. Les internautes. Au niveau des utilisateurs, bon nombre de soupapes de sécurité ont été prévues, témoignant ainsi de la volonté du législateur de prendre en compte la balance des intérêts entre les divers droits impliqués.

Premièrement, ils bénéficient d'une meilleure sécurité juridique qu'auparavant car les utilisations auxquelles ils se livreront seront couvertes par les accords conclus entre les plateformes et les ayants droit, à moins que leurs activités ne soient commerciales ou n'engendrent des revenus significatifs⁶⁵.

Deuxièmement, on constate un progrès marqué au niveau de la transparence envers les utilisateurs, forçant les plateformes à communiquer sur les pratiques qu'elles mettent en place⁶⁶.

Troisièmement, la directive prévoit des mécanismes de réclamation permettant aux utilisateurs de se faire entendre lorsque – à leur sens – du contenu téléchargé a été indument supprimé ou désactivé. Point important à mentionner : un contrôle par une personne physique est prévu à ce niveau⁶⁷.

Enfin, les utilisateurs devraient, en toute logique, pouvoir invoquer les exceptions propres au droit d'auteur, par exemple celles relatives à la citation, à la critique, ou à la parodie⁶⁸. Cet aspect est important pour maintenir l'équilibre entre, d'une part, les droits fondamentaux inscrits dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, tels que la liberté d'expression (art. 11) et la liberté des arts (art. 13), et, d'autre part, le droit de propriété, y compris la propriété intellectuelle⁶⁹.

20. La mise en œuvre. La Commission européenne organise des discussions entre parties prenantes (représentants

des titulaires de droits, des fournisseurs de services de partage de contenu en ligne, de consommateurs, d'utilisateurs et d'organisations de défense des droits fondamentaux), pour discuter des pratiques à adopter en matière de collaboration entre les plateformes et les ayants droit⁷⁰. Ceci permettra à la Commission d'émettre des orientations sur l'application concrète de l'article, conformément au point 10. de l'article 17.

Relevons déjà trois constats qui, jusqu'à présent, sont ressortis de ces discussions⁷¹. Le premier constat est que l'industrie musicale et l'industrie cinématographique ne partagent pas la même vision quant à la mise à disposition de leur contenu : alors que la première (rejointe par l'industrie de la photographie et des arts visuels) tend vers l'octroi de licences de ses œuvres au plus grand nombre possible, la deuxième (rejointe par l'industrie littéraire) a déjà clairement exprimé que pour elle, il s'agirait davantage de bloquer que d'octroyer des licences. Le deuxième constat est que beaucoup de plateformes (comme p. ex. YouTube et Facebook) utilisent déjà une technologie de reconnaissance automatique du contenu (*Automated Content Recognition Technology*) mais que celle-ci est, selon eux, incapable de cerner le contexte dans lequel une œuvre est mise à disposition et donc de faire la part des choses entre, d'une part, un usage illégal et, d'autre part, une exception ou limitation. Le troisième constat est un défaut de confiance mutuelle entre les divers intervenants. Est plus spécifiquement invoqué un défaut de transparence : pour les ayants droit, ce défaut de transparence se situe au niveau de la stratégie qui sera mise en place par les plateformes, pour ces dernières ce défaut transparait plutôt au niveau de la titularité des droits revendiquée par les ayants droit, tandis qu'enfin, pour les utilisateurs, c'est le retrait automatique de contenu qui serait effectué par les plateformes qui inquiète.

VI. LES CONTRATS D'EXPLOITATION

21. Une meilleure protection pour les auteurs et artistes. Par le biais de plusieurs dispositions auxquelles on ne peut (pour la plupart) déroger contractuellement⁷², la direc-

tive entend offrir de nouvelles protections aux auteurs et artistes interprètes ou exécutants⁷³, notamment dans le cadre de leurs relations avec les producteurs⁷⁴. Elle constate en

⁶⁴. Art. 17, 5., de la directive.

⁶⁵. Art. 17, 2., de la directive.

⁶⁶. Art. 17, 8., de la directive.

⁶⁷. Art. 17, 9., de la directive.

⁶⁸. Art. 17, 7., de la directive.

⁶⁹. Considérant 70 de la directive.

⁷⁰. Voir EUROPEAN COMMISSION COPYRIGHT UNIT (I.2), « Stakeholder dialogue on the application of Art. 17 of Directive on Copyright in the Digital Single Market », last update 10 février 2020, accessible en ligne via le lien suivant : www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/stakeholder-dialogue-application-article-17-directive-copyright-digital-single-market. A l'heure d'écrire ces lignes, ces discussions sont suspendues à cause de la pandémie COVID-19.

⁷¹. Pour une synthèse plus détaillée, voir P. KELLER, « Art. 17 stakeholder dialogue: What we have learned so far », Partie I, 13 janvier 2020 et Partie II, 14 janvier 2020, Kluwer Copyright Blog.

⁷². Art. 23 qui empêche plus spécifiquement de déroger aux art. 19 20 et 21. Voir égal. le considérant 81 de la directive.

⁷³. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux programmes d'ordinateurs au sens de l'art. 2 de la directive n° 2009/24/CE (art. 23, 2., de la directive).

⁷⁴. Ces protections ne s'appliquent donc pas lorsque le cocontractant est un utilisateur final et n'exploite pas l'œuvre ou l'exécution lui-même (considérant 72 de la directive).

effet un besoin de protection accru pour les auteurs et artistes, qui se trouvent généralement dans une position contractuelle moins favorable que leurs exploitants lorsqu'ils octroient une licence ou transfèrent leurs droits pour exploitation⁷⁵. De manière étonnante au vu de l'objectif général de la directive, ces dispositions ne tiennent pas particulièrement compte de la dimension digitale de ladite exploitation.

22. Cinq points clés à relever. Premièrement, dans le cadre des contrats d'exploitations de leurs œuvres, l'article 18 de la directive pose en faveur des auteurs et artistes le principe d'une rémunération appropriée et proportionnelle à la valeur économique réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés⁷⁶. Une telle rémunération peut être forfaitaire, sans toutefois que cela ne devienne la règle⁷⁷.

Deuxièmement, l'article 19 de la directive prévoit une obligation renforcée de transparence à l'égard des auteurs et artistes, en tenant compte des spécificités propres à chaque secteur⁷⁸. La réception d'informations régulières et correctes leur permettra ainsi de déterminer, sur la durée, la valeur économique de leurs droits par rapport à la rémunération perçue en contrepartie⁷⁹.

L'article 20 de la directive prévoit troisièmement un mécanisme d'adaptation des contrats, offrant aux auteurs la possibilité de demander une rémunération supplémentaire lorsque la valeur économique de leurs droits se révèle considérablement plus élevée que l'estimation faite initialement⁸⁰.

Afin d'évaluer ceci, l'ensemble des revenus liés au cas d'espèce devrait être pris en compte.

Quatrièmement, les auteurs étant souvent réticents à faire valoir leurs droits en justice à l'encontre de leurs partenaires contractuels⁸¹, l'article 21 de la directive prévoit également une procédure extrajudiciaire de règlement des litiges relatifs à l'obligation de transparence (art. 19) et au mécanisme d'adaptation des contrats (art. 20), avec une possibilité d'action lancée par les organisations représentant les auteurs.

L'article 22 de la directive reconnaît enfin aux auteurs un droit de révocation des contrats si leurs œuvres ne sont pas exploitées, après l'écoulement d'un délai raisonnable depuis la conclusion du contrat.

23. Une importante marge de transposition. Les termes particulièrement vagues de ces dispositions donneront sans doute lieu à d'âpres débats doctrinaux et à d'importantes divergences dans les transpositions nationales: peut-on déroger à l'article 18? Cette disposition vise-t-elle les revenus et/ou les bénéfices et inclut-elle les nouveaux types de revenus comme la publicité? Quelle sera la loi applicable à l'article 19, celle du lieu où se trouve l'auteur ou l'artiste, ou celle du lieu où se trouve celui qui transfère l'information? Comment éviter le « blacklisting » de certains auteurs ou artistes qui feraient usage de ces dispositions? N'importe quelle exploitation permet-elle d'échapper à l'application de l'article 22?

VII. CONCLUSION

24. Les transpositions et applications pratiques nationales de la directive révéleront si les bons choix ont été faits au niveau européen. D'ici juin 2024, une évaluation de l'impact du régime spécifique mis en place pour les start-ups par

l'article 17 de la directive devrait avoir lieu, et en juin 2026, une évaluation générale de la directive devrait être effectuée par la Commission⁸². Ceci promet de passionnantes discussions.

⁷⁵. Considérant 72 de la directive. La directive ne contient toutefois aucune protection relative à la phase de négociation contractuelle.

⁷⁶. Considérant 73 de la directive. La contribution de l'auteur ou de l'artiste interprète ou exécutant à l'ensemble de l'œuvre ou autre objet protégé et toutes les autres circonstances de l'espèce, telles que les pratiques de marché ou l'exploitation réelle de l'œuvre, doivent être prises en compte.

⁷⁷. Considérant 73 de la directive.

⁷⁸. Considérant 77 de la directive.

⁷⁹. Considérant 75 de la directive.

⁸⁰. Considérant 78 de la directive.

⁸¹. Considérant 79 de la directive.

⁸². Art. 30 de la directive.