

L'impact de la digitalisation sur le droit de la propriété littéraire et artistique

Patrick TAFFOREAU

Professeur agrégé de droit privé à l'Université de Lorraine

Membre de l'Association française pour la protection internationale du droit d'auteur - AFPIDA

Membre du Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel - Université Paris-Saclay

SOMMAIRE

I. – L'impact de la digitalisation sur les éléments structurels des droits de propriété littéraire et artistique

- A. – L'impact de la digitalisation sur les conditions de la protection des objets protégés
- B. – L'impact de la digitalisation sur la détermination des titulaires de droits
- C. – L'impact de la digitalisation sur le contenu des droits

II. – L'impact de la digitalisation sur l'effectivité des droits

- A. – Les mesures techniques
- B. – La lutte contre le téléchargement illicite
- C. – La responsabilité des plates-formes de partage en ligne
- D. – La création d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse et des agences de presse

Introduction

1. Phénomène(s) de société. – A l'époque à laquelle j'habitais à Paris, je prenais chaque jour le métropolitain et j'y voyais quelques personnes atteintes de ce trouble mental dont l'un des plus spectaculaires symptômes consistait à parler seul, les yeux dans le vide – hagards. Ces malheureux étaient sans autre forme de procès rangés dans la catégorie des fous. C'était avant l'avènement du digital, à l'ère analogique où nous autres, héritiers pensants des hominidés, étions encore bien primitifs. Comment diable le fait de parler seul sans interlocuteur pouvait-il être considéré comme un comportement déviant ? Or, certaines autres personnes étaient possédées par cette étrange pulsion, bien pire encore, qui les conduisait – les malheureuses – à parler, *in situ*, à leur voisin de voyage ! Ou bien, pratique préhistorique s'il en fut, de tenir entre leurs mains, les yeux rivés sur lui, fixement, un curieux objet malcommode, formé d'un rustique papier que nos ancêtres appelaient, je crois, « livre » ou bien « journal » ? Quoi qu'il en soit, il apparaît, par ce détour (pré)historique, à quel point le présentiel était ridiculement encore prégnant dans notre société d'antan.

Heureusement, désormais, ceux que l'on croyait fous ont été scientifiquement diagnostiqués « téléphonants » ; ce qui, après tout, n'est pas répertorié dans le DSM V¹. Les prétendus déments ne l'étaient donc pas plus que vous et moi lorsque nous téléphonons dans la rue, dans notre voiture, sur notre vélo ou notre trottinette au moyen d'écouteurs et de fils bien dissimulés sous les cheveux ou un vêtement². Quoi qu'il en soit, grâce à ces nouveaux moyens de communication, la technique a presque totalement éradiqué cette douloureuse forme de maladie mentale qui consistait à parler à une autre personne... *en présentiel* !

Ce petit récit, à peine de science-fiction, pourrait nous conduire à réfléchir sur l'impact de la digitalisation sur les relations humaines. Mais ce n'est pas l'objet de ma communication et je ne suis compétent ni en matière de sociologie ni en matière de philosophie. Il me reste à traiter mon sujet, du moins à essayer de le faire car il est à la fois vaste et technique :

« L'impact de la digitalisation sur le droit de la propriété littéraire et artistique ».

Il convient de commencer par quelques ajustements terminologiques. Je ne reviendrai pas sur la digitalisation, qui a été parfaitement explicitée par Madame Randrianirina à l'instant. Je remarquerai simplement que, peu à peu, tout devient, si ce n'est digital, numérique : il y a une *économie numérique*, nous sommes à l'*ère numérique*, le *marché* est numérique, la *République* elle-même a été qualifiée de « numérique » par la loi Lemaire du 7 octobre 2016 « pour une République³ numérique »⁴ ! Quel dessein inquiétant. Quoi qu'il en soit, il reste à définir le champ de mes propos et, tout d'abord, de donner le sens du mot *impact*.

2. Définition du mot « impact ». – En anglais, le mot *impact* signifie « choc » ou, au figuré, « effet », avec une nuance de brutalité⁵. Il a pris, en français, un sens parfois plus neutre de « portée » ou de « conséquence ». Mais, puisque la problématique du colloque consiste principalement à examiner s'il y a continuité ou, au contraire, *disruption* du fait de la digitalisation, je retiendrai le sens fort du mot « impact » (désormais français) : celui de son origine anglaise.

3. Champ de ma communication. – Il reste à définir le champ de ma communication. Elle se limite à la propriété littéraire et artistique, qui est l'un des deux volets de la propriété intellectuelle, à côté de la propriété industrielle. Cette dernière se compose principalement du droit des brevets d'invention, des dessins et modèles industriels et des marques. La première consiste non seulement dans le droit d'auteur mais aussi dans les droits dits voisins du droit d'auteur, que l'on nomme usuellement *droits voisins*. Ces derniers ont d'abord été reconnus

¹ Le DSM-5 est, établi en février 2015, est la dernière et cinquième édition du Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux (en anglais *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) de l'Association Américaine de Psychiatrie (APA, en anglais : *American Psychiatric Association*).

² Car le commun des mortels fait encore usage de fils – c'est un comble au temps du *wireless* –.

³ Avec, comme l'a observé notamment le Professeur Pollaud-Dulian, une faute d'orthographe (législative) car il y a, dans notre pays, une république une et indivisible, c'est *la* République française.

⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 : *JORF* n° 235, 8 oct. 2016, texte n° 1.

⁵ V. le film *Deep impact*, sorti en 1998, réalisé par le cinéaste américain Mimi Leder, dans lequel un astéroïde frappe la Terre et où seulement 800 000 personnes ont la possibilité de fuir la planète avant l'*impact*.

par des conventions internationales, dont celle signée à Rome le 26 octobre 1961⁶ puis, en France, par la loi Lang du 3 juillet 1985⁷. Depuis la codification à droit constant de 1992⁸, c'est le Code de la propriété intellectuelle (CPI) qui les régit. A l'origine, ils ne couvraient que les droits des artistes-interprètes, des producteurs d'enregistrements sonores ou audiovisuels et ceux des radios et télévisions sur les programmes qu'elles diffusent sur leurs antennes. Mais, depuis la directive 2019/790/UE du 24 avril 2019 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique⁹, transposée sur ce seul point par la loi française du 24 juillet 2019¹⁰, le droit positif y a ajouté celui des éditeurs et agences de presse en ce qui concerne l'utilisation de leurs publications en ligne. Enfin, à côté des droits voisins proprement dits, le Code de la propriété intellectuelle contient les dispositions relatives au droit *sui generis* sur les bases de données, qui peut d'ailleurs être cumulé avec le droit d'auteur. Il s'agit d'un droit voisin innommé car il en a la structure mais n'est pas intégré dans le livre II du Code de la propriété intellectuelle sur les droits voisins, ceux que j'appellerai droits voisins nommés (Livre III, titre IV).

4. Problématique et plan. – La digitalisation n'est pas un phénomène entièrement nouveau, mais il s'est accéléré et son impact sur le droit des affaires s'est considérablement accru ces dernières années. Tâchons d'évaluer ce qu'il en est en propriété littéraire et artistique. Cette mission que m'a confiée Madame Randrianirina – et que j'ai malgré tout acceptée – n'est pas des plus faciles à remplir tant est vaste le sujet. Je vais tout de même m'y employer en explorant tour à tour l'impact de la digitalisation :

I. Sur les éléments structurels des droits de propriété littéraire et artistique : objets protégés, titulaires et contenu des droits.

II. Sur l'effectivité des droits de propriété littéraire et artistique.

I. L'impact de la digitalisation sur les éléments structurels des droits de propriété littéraire et artistique

5. Objet, titulaire, contenu. – Le droit d'auteur et les droits voisins ont, comme tout droit subjectif, et spécialement comme tout droit de propriété, un sujet ou titulaire de droits, un objet, en l'occurrence une

⁶ Convention internationale pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (traité administré par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle). V. <https://www.wipo.int/treaties/>

⁷ Loi n° 85-660 du 3 juill. 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle (*JORF* n° 153, 4 juill. 1985).

⁸ Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle (partie législative) [*JORF* n° 153, 3 juill. 1992].

⁹ Directive 2019/790/UE 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 96/9/CE et 2001/29/CE (*JOUE* L 130/92, 17 mai 2019).

¹⁰ 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 (*JORF* n° 172, 26 juill. 2019, texte n° 4).

œuvre ou un objet de droits voisins, et un contenu, les prérogatives. Je vais les aborder successivement, mais en commençant par les objets protégés, qui posent davantage de problèmes que l'attribution des droits.

A. L'impact de la digitalisation sur les conditions de la protection des objets protégés

Le digital a entraîné l'apparition de nouvelles formes de création : des créations informatiques ; des créations spécifiques aux réseaux numériques.

1. Les créations informatiques

a) Les logiciels

6. Affadissement de la notion d'originalité. – Les logiciels étant exclus par la loi de la protection par brevet (CPI, art. L. 611-10, 2., sous c), la jurisprudence et la loi lui ont attribué la qualité d'œuvre protégeable. Mais celles-ci ont semé le trouble dans le droit d'auteur en provoquant l'affadissement de la notion d'originalité, condition essentielle à la protection. De la traditionnelle empreinte de la personnalité de l'auteur, on est passé, avec l'arrêt « Pachot » de 1986¹¹, au simple « *apport personnel* », ce qui est beaucoup moins fort. Le résultat a été de diviser la condition d'originalité en deux critères à géométrie variable en fonction de l'objet que les tribunaux devaient qualifier, ce qui est proprement absurde : un objet est ou n'est pas une œuvre. Aussi a-t-on pu défendre l'idée que le logiciel était le cheval de Troie du droit d'auteur. L'unité du droit d'auteur s'en est trouvée affectée. Cependant, la Cour de justice de l'Union européenne a prétendu y mettre bon ordre en imposant aux Etats membres une interprétation uniforme de la condition d'originalité. Or, il s'agit d'une notion autonome du droit de l'Union européenne, que les Hauts conseillers ont puisée dans plusieurs directives¹². Selon la formule devenue un véritable *leitmotiv*, la cour de Luxembourg considère que : « *le droit*

¹¹ Cass. Ass. plén., 7 mars 1986 n° 83-10.477 (aff. *Pachot*) : *Bull. ass. plén.*, n° 3 ; *D.* 1986, jurispr. p. 405, concl. Cabannes et note B. Edelman ; *JCP* 1986, II, 20631, note B. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *JCP E* 1986, I, 15791, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *JCP E* 1986, II, 14713 et 14713 *bis*, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; *RIDA* juill. 1986, n° 129, p. 136, note A. Lucas ; *RTD com.* 1986, p. 397, obs. A. Françon ; *Gaz. Pal.* 1986, n° 297-298, note Bonneau ; *RDPI* 1986, n° 3, 206, rapp. Jonquères ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2^e éd., 2015, n° 17, obs. M. Vivant ; *Droit de l'informatique et des télécommunications* 1986, n° 2, 53, note Briat. V. également Cass. Ass. plén., 7 mars 1986, n° 84-93509 (aff. *Atari*).

¹² Dir. 2009/24/CE du 23 avr. 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée de la dir. 91/250 du 14 mai 1991), art. 1^{er}, § 3 : « *Un programme d'ordinateur est protégé s'il est **original**, en ce sens qu'il est la **création intellectuelle propre à son auteur**.* » – Dir. 2006/116/CE du 12 déc. 2006, relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (version codifiée de la dir. 1993/98 du 29 oct. 1993), art. 6 sur la protection des photographies : « *Les photographies qui sont **originales** en ce sens qu'elles sont une **création intellectuelle propre à leur auteur** sont protégées...* ». – Dir. 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, art. 3, 1^o : « *création intellectuelle propre à leur auteur* ». – Dir. 2019/790/UE du 17 avr. 2019, sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique..., art. 14 : « *Les États membres prévoient que, lorsque la durée de protection d'une œuvre d'art visuel est arrivée à expiration, tout matériel issu d'un*

d'auteur au sens (...) de la directive 2001/29 n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à un objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur. »¹³. A priori, cette formule met la barre assez bas et correspond à la notion d'apport personnalisé que la jurisprudence française a tendance à appliquer aux logiciels et aux œuvres factuelles.

7. Retour aux sources. – Malgré tout, sous la plume de la Cour de justice, le « déroulé » de la notion s'est révélé plus classique puisqu'il s'agit en réalité de l'*empreinte de la personnalité de l'auteur*¹⁴, conception humaniste à la française s'il en est. Si bien que, en définitive, les juridictions françaises ne semblent pas contrevenir à la jurisprudence de l'Union¹⁵ lorsqu'elles continuent d'exiger que l'objet considéré soit le *reflet de la personnalité de l'auteur*.

*acte de reproduction de cette œuvre ne peut être soumis au droit d'auteur ni aux droits voisins, à moins que le matériel issu de cet acte de reproduction ne soit original, en ce sens qu'il est la **création intellectuelle propre à son auteur** ».*

¹³ CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq*, pt 37 : *RTD com.* 2009, p. 715, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2011, p. 2165, obs. P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 9, obs. C. Caron ; *JCP G* 2009, p. 272, note L. Marino ; *Propr. intell.* 2009, p. 378, obs. V.-L. Bénabou ; *RTD eur.* 2010, p. 944, obs. E. Treppoz ; *GAPI* 2^e éd., n° 15, obs. V.-L. Benabou et n° 17, obs. M. Vivant. V., depuis : – CJUE, 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Painer, Eva-Maria Painer c/Standard Verlags GmbH* : *RIDA* avr. 2012, n° 232, p. 324 et s., obs. P. Sirinelli ; *Légipresse* 2012, n° 292, p. 161, note J. Antippas ; *RLDI* 2012, n° 80, p. 14, V. Dahan et C. Bouffier ; *Comm. com. électr. comm.* 2012, 26, note C. Caron ; *GAPI* 2^e éd., n° 22, obs. S. Carre (pour la photographie d'un portrait) ; – CJUE, 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco et al. c/Yahoo ! UK Ltd et al.* (pour une base de données).

¹⁴ « Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence bien établie, pour qu'un objet puisse être qualifié d'« œuvre », il importe que soient réunies deux conditions cumulatives. D'une part, l'objet concerné doit être **original**, en ce sens qu'il constitue une **création intellectuelle propre à son auteur**. Pour qu'une création intellectuelle puisse être considérée comme étant propre à son auteur, celle-ci doit **refléter la personnalité** de celui-ci, ce qui est le cas si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la **réalisation de l'œuvre** en effectuant des **choix libres et créatifs** » (CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-469/17, « Funke Medien » : *JurisData* n° 2019-014722 ; *RLDI* nov. 2018, n° 153, p. 12, obs. L. Costes ; *JCP G* 23 mars 2019, 360, n° 7, obs. N. Binctin ; *JCP G* 30 sept. 2019, n° 40, p. 1725, note J.-M. Bruguière ; *Propr. intell.* oct. 2019, n° 73, p. 26, obs. A. Lucas ; *Légipresse* 2019, n° 375, p. 541, note V. Varet ; *Europe* oct. 2019, p. 38, note D. Simon ; *RTD Eur.* oct. 2019, n° 4, p. 927, obs. E. Treppoz ; *Comm. com. électr.* oct. 2019, p. 25, note C. Caron ; *Légipresse* janv. 2020, n° 378, p. 69 et s., obs. C. Alleaume ; *RTD com.* janv. 2020, p. 53, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 13 févr. 2020, n° 7-8, p. 42, obs. A. Zollinger ; *Propr. intell.* avr. 2020, n° 75, p. 68, obs. V. Varet ; *Comm. com. électr.* avr. 2020, p. 21 et s., chron. « Un an de droit de la musique », obs. X. Daverat ; *RTD eur.* avr. 2020, p. 324, obs. F. Benoît-Rohmer).

¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2019, n° 17-19.997 et n° 17-21233, inédit (« la cour d'appel a estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que la **combinaison** de telles caractéristiques **reflétait**, pour chacune des œuvres précitées, la **personnalité** de M. L... et leur conférait leur **originalité**, justifiant ainsi légalement sa décision de ces chefs ; »). – Cass. com., 5 avril 2018, n° 13-21.001, inédit (« parti pris esthétique **empreint de la personnalité** des auteurs »). V., cependant, Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 2018, n° 16-23.214, inédit (« Attendu qu'après avoir énoncé, à bon droit, que la notion de nouveauté est indifférente à la caractérisation de l'originalité d'une œuvre, l'arrêt constate, au vu des pièces produites aux débats et, notamment, du modèle de petite coupe réalisé par Mme Z..., que, si chacun des éléments de la combinaison revendiquée par la société Etablissements Coquet était connu de longue date, en revanche, la combinaison de ceux-ci ne l'était pas et conférait aux modèles d'assiettes et de soucoupes de la gamme

b) Les bases de données

8. Double protection. – Les bases de données peuvent donner prise à deux protections juridiques : celle du droit d'auteur et celle d'un droit dit *sui generis*, qui est une sorte de droit voisin innommé.

9. Droit d'auteur. – Les bases ou banques de données sont protégeables par le droit d'auteur si elles constituent des œuvres de l'esprit (CPI, art. L. 112-3, al. 2) ; il s'agit alors d'**œuvres d'information**, selon l'expression employée par l'important arrêt *Microfor* de 1987¹⁶. Cependant, ce qui est ainsi protégeable en tant qu'*œuvre de l'esprit* n'est, en somme, que l'*architecture* de la base (le **choix** ou la **disposition** des matières), non pas son *contenu* même, c'est-à-dire les *données*. Ainsi que l'explique Maître David Lefranc¹⁷ : « Ces données peuvent être de toutes natures : des nombres, des mots, des fichiers numériques [son, image, vidéo, etc.], mais aussi du code informatique ».

c) Les prestations des artistes-interprètes

10. Interprétations. Retouches informatiques. – L'art des interprètes n'est pas en reste : certains logiciels, du même type que ceux par lesquels on retouche les photos, permettent de modifier la hauteur des sons, ce qui a pour effet de faire chanter juste dans le phonogramme ou le vidéogramme (CD, DVD, albums accessibles sur les plates-formes de *streaming* ou à l'achat/téléchargement payant) l'artiste qui *dérailait*, par exemple parce qu'il dansait en même temps qu'il chantait. On m'a rapporté qu'une cantatrice soprano léger n'avait jamais atteint son *contre-la* au cours des enregistrements d'une œuvre, dont elle avait fait plusieurs prises. Dans le master du phonogramme, *elle l'avait !*

2. Les créations spécifiques aux réseaux numériques

11. Créations web. – De nouvelles formes de création sont nées de l'internet. C'est le cas, par exemple, du « net art » ou art en réseau, qui utilise toutes les ressources de l'informatique en ligne pour créer de nouvelles formes d'œuvres dites virtuelles, notamment des œuvres interactives, dans le cadre du web 2.0. et aussi des œuvres collaboratives¹⁸ du type des *wikis*, des logiciels – plus ou moins libres, améliorables par chaque membre

"*Hémisphère*", un aspect d'ensemble traduisant un **effort créatif porteur de leur originalité** ; que la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ». Comp. Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 2018, n° 15-28.352, inédit (« démarche artistique révélatrice de la **personnalité** des auteurs »).

¹⁶ Cass. Ass. plén., 30 oct. 1987, *D.* 1988. 21, concl. Cabannes ; *JCP* 1988. II. 20932, rapport Nicot, obs. Huet, éd. E. II. 15093, obs. Vivant et Lucas ; *RTD com.* 1988. 57, obs. Françon ; *RIDA* janv. 1988, n° 135, p. 78 ; *Légipresse* 1988. III. 1. Cf. *supra*, n°s 50, 52, 67, 161, 164.

¹⁷ D. Lefranc, *Droit des applications connectées. Applications – Réseau – Interfaces*, préf. A. Lucas, Larcier, coll. « Manuels Larcier », 2017, 769 p., prix du livre de la pratique juridique 2017, décerné par le Conseil constitutionnel.

¹⁸ Geller (Paul Edward), « La jam-session céleste : la collaboration créatrice en ligne à la merci des conflits de lois en matière de droit d'auteur » : *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 367.

de la chaîne des utilisateurs –, des jeux-vidéos. Les œuvres collaboratives prennent souvent la forme d'œuvres composites dont la reprise complétée par l'ajout d'éléments nouveaux et originaux suit de près la création. Il en résulte une succession serrée d'œuvres composites elles-mêmes constituées des œuvres composites précédentes. La particularité gît dans l'esprit non propriétaire des auteurs successifs qui ne revendiquent guère leur droit d'auteur, jugé contraire à la mentalité qu'ils défendent.

12. Le hashtag. – Le *hashtag* est l'ensemble formé d'un signe similaire au dièse¹⁹, appelé en anglais *hash*, suivi d'un mot-clé, appelé *tag*, signifiant à l'origine **étiquette** et, depuis une décennie, **mot-clic**. Le *hashtag* sert à classer thématiquement du contenu sur les réseaux sociaux tels que Facebook, Google +, Instagram, Pinterest ou Youtube, mais surtout sur Twitter. Le *hashtag* peut avoir diverses fonctions, soit privées et personnelles, soit commerciales, en particulier pour faire de la publicité et à des fins de marketing. Comme les noms de domaine, il couvre ainsi des activités fort diverses. En droit de la propriété intellectuelle²⁰, le *hashtag* peut être protégé de deux façons. En premier lieu, par le **droit d'auteur** en tant que **titre original** constituant *en lui-même* une œuvre de l'esprit (CPI, art. L. 112-4²¹). Mais la jurisprudence sur les titres est tout à la fois fluctuante et très incertaine, recelant d'évidentes contradictions. Par exemple, ont été jugés protégés les titres suivants : *Charlie Hebdo* (hebdomadaire), *L'empreinte de l'ange* (roman), *Le Père Noël est une ordure* (pièce de théâtre puis film), *A l'école de la route*, *Clochemerle* (roman), *La cage aux folles* (pièce puis film), *Tarzan* (personnage de film). En revanche, ont été jugés banals : *Manon* (opéra de Massenet), *Les Brigades du tigre*, *Les Dames du lac*, *Jeu de massacre* (film français), *Tueurs de flics*, *Barbapapa* (dessin animé pour enfants), etc. En second lieu, le *hashtag* peut être protégé comme marque. Il y a encore peu d'exemples en France. L'INPI enregistre à ce titre les *hashtags* qui remplissent les conditions ordinaires : ils doivent être *licites*, avoir un *caractère distinctif* et constituer un signe *disponible*. De plus, ils sont soumis au principe de spécialité de la marque et ne peuvent donc désigner que certains produits ou services particuliers. Cependant, le signe hash isolé ne peut être protégé par un droit de marque. C'est donc le « tag » qui le suit qui, en définitive, est examiné par les offices qui délivrent de tels titres (INPI, EUIPO).

13. Créations par les internautes. Avènement du "web 2.0"²². Le public, autrefois simple récepteur, a désormais la capacité technique de participer à la communication des informations et devient donc émetteur – on dit aussi **éditeur de contenus**. « Les internautes émettent des contenus sur les réseaux afin de les diffuser ou de les échanger »²³. On peut désormais parler d'un **internet participatif**. On le constate pour toutes sortes d'œuvres ou d'informations : sites de musique tels que Deezer ou Spotify ou encore MySpace ; sites de vidéos comme YouTube et Dailymotion ; sites de photos, tels que Picasa et Fotocity ; sites d'information comme les wikis

¹⁹ Seul le dièse possède deux lignes verticales ; seul le *hashtag* possède deux lignes horizontales. Les autres sont obliques dans les deux cas.

²⁰ V. N. Dreyfus, « Le hashtag, élément incontournable des réseaux sociaux » : *Comm. com. électr.* oct. 2016, étude 17, p. 8 et s.

²¹ Art. L. 112-4, al. 1^{er}, CPI : « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. »

²² L'expression web 2.0 est apparue en 2004 dans l'œuvre de Tim O'Reilly intitulée *What is Web 2.0*.

²³ Bitan (Hubert), *Droit des créations immatérielles*, Lamy, coll. Axe droit, 2010, n° 190, p. 118.

(dont Wikipedia est le plus connu) et les *blogs* (sortes de journaux ou carnets personnels mais accessibles au public ²⁴) ; sites d'annonces comme eBay, Priceminister ou leboncoin ; enfin les **réseaux sociaux** ou *sites communautaires* qui se sont développés plus récemment : Facebook, LinkedIn, Twitter, Myspace, Google Plus, Instagram, Copains d'avant, etc. Plus que jamais, le droit d'auteur est égalitariste (V. CPI, art. L. 112-1) ²⁵.

14. Multimédia en ligne (*on line*). – Un site *web*, de même qu'un *blog* ou un « mur » sur un réseau social constitue le plus souvent une œuvre multimédia, c'est-à-dire une œuvre composée d'au moins deux genres d'œuvres (écrits, images fixes ou animées, musique, sketches) et d'un logiciel de navigation permettant l'interactivité. Encore faut-il que l'ensemble réponde à la définition classique de l'œuvre : une **création de forme originale**. Or, il s'agira très souvent d'une œuvre composite parce que les éléments composant l'œuvre multimédia proviennent d'œuvres préexistantes. Les droits des auteurs des œuvres préexistantes intégrées dans cette œuvre nouvelle devront donc être respectés. Ainsi, d'une part, le multimédia apparaît tout à la fois comme une œuvre *complexe* ²⁶ et *composite*. Certains tribunaux avaient qualifié le multimédia de logiciel alors que le programme de navigation n'en est qu'une composante ²⁷. Aujourd'hui, la jurisprudence est fixée en ce sens que le multimédia est une œuvre non réductible à sa partie logicielle, constituée de plusieurs genres d'œuvres. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation en 2009, à propos d'un jeu-vidéo ²⁸. Par ailleurs, l'œuvre multimédia peut en même temps correspondre à la qualification de base de données. Si tel est le cas, il pourra y avoir cumul de deux protections : celle du droit d'auteur, qui porte sur l'architecture de la base de données (V. CPI, art. L. 112-3, al. 2 : « 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 ») et celle du droit *sui generis* qui porte sur le contenu de ladite base de données (V. CPI, art. L. 341-1 et s.).

B. L'impact de la digitalisation sur la détermination des titulaires de droits

15. Multimédia. – Le multimédia étant le plus souvent une œuvre collective, surtout lorsqu'il est le résultat d'un travail professionnel dans le cadre d'une entreprise ou d'un organisme public, le régime attaché à ce type d'œuvre a pris une plus grande importance depuis le développement du digital. On peut le regretter dans la

²⁴ De l'anglais *web*, la toile et *log*, « carnet de bord » : « site Internet animé par un individu ou une communauté qui s'exprime régulièrement dans un journal, des billets » (Le petit Robert 2014, V° Blog).

²⁵ CPI, art. L. 112-1 : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. »

²⁶ Ce qui ne correspond pas à un des genres d'œuvres envisagés par l'article L. 112-2 CPI.

²⁷ CA Caen, 19 déc. 1997 : *Les Petites Affiches* 18 nov. 1999, note E. Treppoz ; *JCP E* 2000, 1375, obs. F. Sardain ; *RTD com.* ; 2000, p. 100, obs. crit. Ph. Gaudrat.

²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *D.* 2009, AJ, p. 1819, obs. J. Daleau ; *RTD com.* 2009, p. 710, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* 2009, comm. 76, note C. Caron ; *JCP G* 2009, n° 42, p. 328, obs. Treppoz ; *Légipresse* 2009, II, p. 169, obs. C. Alleaume ; *RIDA* juill. 2009, p. 305, note P. Sirinelli : « un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature ».

mesure où il y a là une dérogation au principe selon lequel le titulaire initial du droit d'auteur est toujours la personne physique qui a conçu et réalisé l'œuvre (V. CPI, art. L. 111-2). Mais l'on doit reconnaître que ce régime juridique simplifie la création et l'exploitation de ces œuvres.

16. Œuvres collaboratives libres. – De même, les œuvres collaboratives, on l'a vu²⁹, sont difficilement attribuables. Elles sont à mi-chemin entre les œuvres de collaboration et les œuvres composites. Toutefois, leur principe même exclut normalement toute revendication de « paternité ». Il y a ici une autre forme de contractualisation du droit d'auteur par renonciation partielle, au profit des autres collaborateurs, au droit au respect du nom – qui est l'une des composantes du droit moral.

C. L'impact de la digitalisation sur le contenu des droits

17. Que l'on se trouve dans l'ordre analogique ou dans l'ordre numérique, les droits moraux et patrimoniaux se trouvent affectés par toute atteinte de fait ou de droit aux œuvres et autres objets protégés.

1. Le droit moral

18. Titulaires d'un droit moral. Prérogatives. – L'internaute, particulier ou professionnel, se doit de respecter le droit moral de l'auteur et celui de l'artiste-interprète. Nos deux titulaires de droits de propriété littéraire et artistique disposent d'un droit au respect du nom et de la qualité ainsi que d'un droit au respect de leur création : œuvre ou interprétation. Seul le premier jouit en outre d'un droit de divulgation et d'un droit de retrait et de repentir.

19. Droit de divulgation. – Les tiers doivent d'abord respecter le droit de divulgation de l'auteur en s'abstenant de diffuser une œuvre qu'il n'a pas entendu livrer au public (CPI, art. L. 121-2). Ce qui vaut autant dans l'ordre numérique que dans l'ordre analogique.

20. Droit au respect de l'œuvre ou de l'interprétation. – Le créateur d'un site ou d'un blog ne doit pas non plus altérer l'œuvre ou l'interprétation par une modification, un ajout, une suppression ou encore une association à un contexte nouveau inapproprié. C'est le droit au respect de l'œuvre ou de l'interprétation (respectivement, CPI, art. L. 121-1 et L. 212-2). Par exemple : insertion dans un *blog* ou sur un site de partage, avec d'autres œuvres d'un genre incompatible (sites pornographiques, racistes ou homophobes) ; réutilisation sans autorisation *ad hoc* d'une chanson déformée dans une publicité audiovisuelle ; compression numérique déformant le son ou l'image ; recadrage de photos ; *morphing*³⁰ ; synchronisation défectueuse entre le son et l'image car ils sont reproduits sur deux supports distincts ; retraitement du son, de l'image, du texte... Le tout, sans préjudice du droit pour les tiers de réaliser des parodies, pastiches et caricatures, compte tenu des lois du genre (CPI, art. L. 122-5, 4° et L. 211-3, 4°).

²⁹ V. *supra*, n° 11.

³⁰ Effet spécial qui permet de passer d'une image à une autre d'une façon extrêmement progressive, la première étant modifiée peu à peu par la seconde.

21. Droit d'attribution. – Le droit à la paternité ou droit d'attribution doit encore être respecté, en indiquant le nom des auteurs ou des artistes-interprètes (CPI, art. L. 121-1 et L. 212-2, préc.). Par exemple, au générique d'une séquence audiovisuelle ; par des bulles apparaissant lorsque l'on parcourt l'écran avec la souris ; par un renvoi aux crédits, comme pour toute iconographie. C'est en partie l'objet de mesures techniques d'information (MTI). Techniquement, le digital permet parfaitement et facilement de respecter ce droit. C'est donc un progrès, à condition que les diffuseurs le mettent en œuvre.

2. Le droit patrimonial

22. Problématique. – La problématique en la matière provient, spécialement en France, de la confrontation, du fait des utilisations numériques, de la conception synthétique (traditionnelle) et de la conception analytique (plus moderne) des droits. Le droit d'auteur français repose en principe sur deux grandes prérogatives pécuniaires : le **droit de représentation** ou de communication au public et le **droit de reproduction**. Mais, sur les réseaux, elles se déclinent presque à l'infini en de multiples modes d'utilisation (a). Par ailleurs, l'utilisation d'œuvres sur internet a entraîné la création de nouvelles exceptions aux droits (b). Enfin, l'exploitation de ces droits a également évolué dans le monde numérique (c).

a) Les prérogatives d'ordre patrimonial

23. Premières applications à l'internet en jurisprudence. – Les tribunaux ont très tôt qualifié la transmission en ligne de représentation, laquelle suppose une reproduction préalable³¹, « le **stockage numérique** constituant la **reproduction** illicite d'œuvres protégées et l'**apparition de données sur l'écran** caractérisant la **communication par télédiffusion** ». Ainsi furent très tôt appliqués les deux grands droits patrimoniaux d'auteur : le **droit de représentation** ou de communication au public et le **droit de reproduction**.

24. Brouillage des pistes. – Cependant, la distinction entre, d'une part, la représentation ou communication au public et, d'autre part, la reproduction, est devenue difficile sur les réseaux³². Par exemple, une photo postée sur un site est-elle seulement reproduite ou est-elle également communiquée au public ? Malgré tout, il demeure simple et clair de qualifier le *streaming* (diffusion en flux continu de sons ou d'images animées) de représentation ou communication au public et le téléchargement d'un fichier avec stockage de celui-ci sur une

³¹ TGI Paris, réf., 14 août 1996, aff. « Jacques Brel », *JCP E* 1996, II, 881, note B. Edelman ; TGI Paris, réf. 14 août 1996, aff. « Michel Sardou », *D.* 1996, p. 490, note P.-Y. Gautier. Pour un cas récent de téléchargement d'œuvres audiovisuelles, musicales et de jeux-vidéo, analysé en contrefaçon, V. CA Paris, 22 janv. 2019 : *legalis.net* 19 mars 2019 ; *JCP E* 26 déc. 2019, 1582, n° 18, obs. A. Robin.

³² V., en ce sens, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., 2017, n° 255 ; P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. « Droit fondamental. Classiques », 11^e éd. enrichie, 2019, n° 242 ; M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2019, n° 553.

mémoire d'acte de reproduction, quel que soit le support : disque dur d'ordinateur, de tablette, de *smartphone* ; cartes mémoires ; clés USB³³.

1. La communication au public

25. La transclusion ou *framing*. – Le *framing*, encore appelé « **transclusion** » (ou cadrage) est une opération qui consiste à diviser la fenêtre du navigateur Web en plusieurs cadres autonomes. Ex. : une image présente sur un site préexistant apparaît sur le site que visite l'internaute sans qu'il s'aperçoive que cette image provient d'un autre site³⁴. Dans les faits, on voit bien que le lien hypertexte profond réalise une **représentation** d'œuvre lorsqu'il aboutit à de la musique, à un film à de la danse, *etc.* Il constitue une **reproduction d'œuvre** lorsqu'il pointe, par exemple, vers une photo de statue, de tableau ou de paysage.

26. Byzantinisme de la CJUE en matière de liens hypertextes. Droit de communication au public. – La Cour de justice de l'Union européenne s'est lancée dans une byzantine casuistique extrême et fort peu lisible lorsqu'il lui a été demandé, par questions préjudicielles, de qualifier les hyperliens. Elle s'est attelée à déterminer dans quels hypothèses un lien hypertexte, avec ou sans transclusion, constituait une communication au public. Le temps qui m'est imparti ne me permet pas d'aborder cette question tentaculaire – voire infernale (*diabolica*)³⁵. Je dirai simplement que l'hypothèse de raisonnement était la suivante : un site internet comporte un hyperlien pointant vers une œuvre postée sur un autre site, le site d'origine – que l'on peut aussi appeler *site-cible*. Le **lien** est dans ce cas qualifié de **profond** car il n'aboutit pas au site mais bien à l'œuvre elle-même, directement. Quand et à quelles conditions cet hyperlien constitue-t-il une communication au public de l'œuvre ? La Cour de Luxembourg ne pose pas moins de **cinq cas et trois critères**³⁶.

Les trois critères sont les suivants :

But lucratif du site sur lequel se trouve le lien ?	Œuvre en libre accès sur le site d'origine ?	Autorisation de l'auteur au site d'origine ?
-----------------------------------------------------	----------------------------------------------	----------------------------------------------

³³ Le téléchargement non autorisé par les auteurs est une contrefaçon par reproduction : Cass. civ. 1^{re}, 4 juill. 2019, n° 18-17.155, inédit : *JurisData* n° 2019-012692 ; *JCP E* 26 déc. 2019, 1582, n° 17, obs. A. Robin (photographies illustrant des articles parus dans les publications de la société Le Figaro mises en ligne sans l'autorisation des photographes). *Adde*, pour un cas de téléchargement d'œuvres audiovisuelles, musicales et de jeux-vidéo, analysé en contrefaçon, V. CA Paris, 22 janv. 2019 : *legalis.net*, 19 mars 2019 ; *JCP E* 26 déc. 2019, 1582, n° 18, obs. A. Robin.

³⁴ D'après H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2010, n° 219, p. 150, note 3.

³⁵ J'en synthétise le résultat par un tableau, ci-dessous.

³⁶ **Aff. « Svensson »** : CJUE, 4^e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et al. c/ RetrieverSverige* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 34, note Ch. Caron ; *RIDA* 2012, n° 234, p. 413 ; *Propr. intell.* 202, n° 45, p. 416, obs. A. Lucas. – **Aff. « Best Water International »** : CJUE, ord., 9^e ch., 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *Best Water International GmbH c/ Mebes et Potsch* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 92, note Ch. Caron.

27. **Synthèse. Tableau.** – On peut synthétiser les trois critères en un critère principal : *le fait d'atteindre un nouveau public* consiste en une communication au public et nécessite donc une nouvelle autorisation de l'auteur ainsi que le paiement corrélatif d'une redevance.

TABLEAU : Les liens hypertexte et le droit d'auteur selon la CJUE

Hypothèses	But lucratif du site sur lequel se trouve le lien ?	Œuvre en libre accès sur le site d'origine ?	Autorisation de l'auteur au site d'origine ?	Lien licite ?
1	NON	OUI	OUI	OUI ³⁷
2	OUI	OUI	OUI	OUI
3	NON	OUI	NON	Présomption d'ignorance de l'illicéité du site d'origine ³⁸
4	OUI	OUI	NON	Présomption de connaissance + Devoir de vigilance car caractère lucratif ³⁹
5	INDIFFERENT	NON	OUI	NON car public nouveau

28. **Manque d'unité de la jurisprudence.** – Enfin, il est intéressant – mais assez irritant – de constater que la Cour de Justice de l'Union européenne ne donne pas la même solution lorsque la remise à disposition du public s'effectue sur internet, mais *sans lien hypertexte*. En effet, dans un arrêt du 7 août 2018 ⁴⁰, elle affirme que la notion de communication au public (soumise à l'autorisation du titulaire de droit) couvre la remise en ligne sur un site internet d'une photographie préalablement publiée sur un premier site sans mesure de restriction empêchant son téléchargement et avec l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, sur un autre site internet.

³⁷ **Aff. « Svensson »** : CJUE, 4^e ch., 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Nils Svensson et al. c/ Sté Retriever Sverige* : *D.* 2014, 48 ; *ibid.* 2078, obs. P. Sirinelli ; *ibid.* 2317, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *Comm. com. électr.* 2014, comm. 34, note C. Caron ; *RIDA* oct. 2014, p. 279, note P. Sirinelli ; *Propr. intell.* 2014, n° 45, p. 416, obs. A. Lucas ; *Légipresse* 2014, p. 135 ; *JAC* 2014, n° 12, p. 6, obs. E. Scaramozzino ; *RTD com.* 2014, p. 600, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2014, p. 965, obs. E. Treppoz ; *JCP E* 2014, 1063, note Busseuil ; *Propr. intell.* 2014, n° 52, p. 234, obs. S. Dormont. – **Aff. « Best Water International »** : CJUE, ord., 9^e ch., 21 oct. 2014, aff. C-348/13, *Best Water International GmbH c/ Mebes et Potsch* : *Comm. com. électr.* 2014, comm. 92, note C. Caron ; *D.* 2014, p. 2293 ; *ibid.* 2015, p. 2214, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; *Légipresse* 2014, p. 650 ; *RTD com.* 2014, p. 808, obs. F. Pollaud-Dulian.

³⁸ **CJUE, 2^e ch., 8 sept. 2016, « GS Media »**, aff. C-160/15, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et al.* : *Comm. com. électr.* 2016, comm. 78, note C. Caron ; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 543, note P. Sirinelli.

³⁹ CJUE, arrêt « GS Media », préc.

⁴⁰ CJUE, 7 août 2018, aff. C-161/17, « Renckhoff », *Land Nordrhein-Westfalen c/ Dirk Renckhoff* : *D.* 2018, p. 1647 ; *RTD com.* 2018, p. 683, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RLDI* 2018, n° 151, p. 10, obs. E. Derieux ; *Europe* 2018, comm. 394, note E. Daniel ; *RTD eur.* 2018, p. 862 s., obs. E. Treppoz ; *Légipresse* 2018, n° 364, p. 503, note V.-L. Benabou ; *Comm. com. électr.* nov. 2018, p. 26, note C. Caron.

Ainsi, la notion de communication au public semble varier selon qu'elle est réalisée ou non au moyen d'un lien hypertexte⁴¹. Pour terminer sur la question des liens hypertextes, il faut signaler que la CJUE condamne au contraire la transclusion lorsqu'elle permet d'aboutir à un programme de télévision en ligne. Autrement dit, contrairement au droit d'auteur, le droit voisin des entreprises de communication audiovisuelle bénéficie d'une protection systématique contre la transclusion⁴².

29. La musique à la demande et la vidéo à la demande (*video on demand* ou « VOD »). – Elles mettent en cause le droit de communication au public des objets protégés car le public a accès aux œuvres au moyen du *streaming* ou flux continu. La VOD entraînera un impressionnant cumul de droits en raison du grand nombre d'objets protégés qui s'additionnent : œuvre audiovisuelle, œuvre musicale, prestations d'artistes-interprètes, phonogrammes, vidéogrammes. En outre, si la vidéo est tirée d'une émission de télévision, elle renfermera un programme audiovisuel protégé au titre du droit voisin de l'entreprise de communication audiovisuelle (CPI, art. L. 216-1).

30. Assimilation des webradios et des webtélés aux radios et télévisions hors ligne. – Les webradios et les webtélés ont été assimilées aux chaînes hors ligne. Par exemple, lorsqu'un phonogramme du commerce est radiodiffusé, la chaîne de radio doit verser à la Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRÉ) une redevance qui sera, *in fine*, reversée aux artistes-interprètes et aux producteurs des phonogrammes (CPI, art. L. 214-1). La loi du 7 juillet 2016, dite « Liberté de la création », a étendu ce principe de licence légale aux webradios (CPI, même texte). Afin de tenir compte du numérique, il a donc fallu que le législateur adaptât les exceptions existantes et en créât de nouvelles.

2. La reproduction

31. Une nouvelle forme de reproduction : la copie dans le nuage ou *cloud computing*. – Le stockage d'œuvres protégées dans le *nuage* ou « *cloud* » est-il licite ? Constitue-t-il une copie privée permise à titre d'exception au droit de reproduction de l'auteur par l'article L. 122-5, 2°, du Code de la propriété intellectuelle⁴³ ? La réponse est en principe négative si l'on s'en tient au sacro-saint arrêt « Rannou-Graphie », rendu en 1984, c'est-à-dire à l'époque des copies en mode exclusivement analogique et en matière de photocopies sur papier effectuées par une officine spécialisée. Selon cet arrêt, qui a fait jurisprudence, le copiste doit utiliser son propre matériel pour bénéficier de l'exception ; ce qui n'était pas le cas du client d'une officine

⁴¹ La différence de solution s'explique, selon elle, par l'objectif d'assurer le bon fonctionnement de l'internet : les liens hypertexte remplissent cette fonction et doivent donc être traités avec plus de bienveillance.

⁴² CJUE, 26 mars 2015, aff. C-279/13, *Sté C More Entertainment AB c/ Linus Sandberg* : D. 2015, p. 805 ; Légipresse 2015, p. 208 ; JCP 2016, n° 16, p. 822, obs. N. Binctin ; *Comm. com. électr.* 2015, n° 5, p. 31, obs. C. Caron ; *Propri. intell.* 2015, n° 56, p. 276, obs. J.-M. Bruguière ; *RLDI* 2015, n° 116, p. 25-27, obs. S. Dormont ; *Comm. com. électr.* 2015, n° 10, p. 17, obs. P. Tafforeau.

⁴³ Selon l'art. L. 122-5, CPI, « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire (...) 2° Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Pour les droits voisins, V. la même exception à l'art. L. 211-3, 2°, CPI.

de photocopie⁴⁴. Or, le *cloud* est un service rendu par un tiers. Pourtant, la Cour de Justice de l'Union européenne, à l'encontre du droit positif français, considère que les Etats membres sont libres d'appliquer l'exception de copie privée lorsque les reproductions sont effectuées au moyen d'un dispositif appartenant à un tiers⁴⁵ ; ce qui est le cas du *cloud computing*, du moins de celui qui consiste en un casier personnel⁴⁶. En effet, le client d'un service de *cloud* utilise certes les moyens techniques d'un tiers pour réaliser la copie – dans l'affaire « Rannou-Graphie », le tiers était l'officine de photocopie –, mais elle est tout de même réalisée à sa propre demande et pour son propre usage : par exemple, le stockage de photos ou de contacts. Autrement dit, l'informatique en nuage est en principe licite parce qu'elle semble respecter toutes les conditions de l'exception de copie privée telles qu'elles sont fixées par la directive 2001/29/CE Société de l'information (art. 5, § 2, sous b⁴⁷), selon l'interprétation qu'en fait la Cour de Justice. Il en est autrement, cependant, si le fournisseur de ce service intervient activement dans l'enregistrement des copies au lieu de se limiter à le mettre à la disposition de sa clientèle qui se charge elle-même des copies⁴⁸.

3. La distribution

32. Le droit de distribution et la dématérialisation des supports d'œuvres. – C'est Selon un raisonnement qui mérite l'approbation que la Cour de Justice a refusé l'application du droit de distribution aux exemplaires immatériels d'œuvres, tels que des livres électroniques⁴⁹. Ainsi, le fait pour une entreprise de proposer le

⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 1984, n° 82-17.016 : *Bull. civ. I*, n° 90 ; *RTD com.* 1985, p. 677, obs. A. Françon ; *RIDA* juill. 1984, p. 151 ; *JCP* 1985, II, 20351, note M. Plaisant.

⁴⁵ CJUE 5 mars 2015, aff. C-463/12 : *Comm. com. électr.* 2015, comm. 30, note C. Caron ; *Propri. intell.* 2015, n° 56, p. 288, obs. C. Bernault ; *Europe* mai 2015, p. 29, note D. Simon ; *Jurisart* nov. 2015, n° 29, p. 38, obs. Ph. Mouron ; *RTD com.* 2016, p. 114, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁴⁶ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. « Précis », 4^e éd., 2019, n° 640.

⁴⁷ Le texte vise les « reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales » (Dir. 2001/29/CE, art. 5, § 2, sous b).

⁴⁸ Ainsi, un prestataire de services qui capte un programme de télévision à l'aide de son propre matériel de réception et le communique ensuite à ses clients sous la forme d'une copie numérique que l'utilisateur pourra regarder quand il le souhaitera se rend coupable de contrefaçon. La CJUE considère que ce prestataire réalise une communication au public d'œuvres protégées par mise à disposition du public : CJUE, 3^e ch., 29 nov. 2017, aff. C-265/16, « VCAST », *VCAST Ltd c/ RTI SpA*, spéc. points 37 et 38 : *Dalloz IP/IT* 2018, p. 118, note S. Dormont ; *Comm. Com. électr.* janv. 2018, comm. 1, p. 30, note C. Caron ; *JCP G* 2017, 1347, note D. Belin ; *RLDI* 2018, n° 148, obs. Ph. Mouron ; *JCP E* 2019, 1043, n° 14, obs. A. Robin.

⁴⁹ CJUE, gr. Ch., 19 déc. 2019, aff. C-263/18 : *Europe* janv. 2020, p. 43, note M. Abenhaïm ; *RLDI* 2020, n° 166, p. 16, obs. L. Costes ; *Propri. intell.* 2020, n° 74, p. 46, obs. A. Lucas ; *RTD com.* 2020, p. 62, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2020, p. 471, note C. Maréchal Pollaud-Dulian ; *Comm. com. électr.* avr. 2020, p. 26, note C. Caron ; *Dalloz IP/IT* 2020, p. 250, note J. Lapousterle ; *RDC* juin 2020, p. 48, obs. J. Huet (« La fourniture au public par téléchargement, pour un usage permanent, d'un livre électronique relève de la notion de « communication au public » et, plus particulièrement, de celle de « mise à disposition du public [des] œuvres [des auteurs] de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE

téléchargement permanent de livres électroniques sur internet ne consiste pas en une distribution d'œuvres mais en une communication de celles-ci. Or, contrairement au droit de distribution, le droit de communication au public ne s'épuise pas par le premier usage qui en est fait. Donc, la mise à la disposition des livres électroniques n'est pas soumise à l'épuisement du droit. On s'aperçoit que le passage du livre matériel au livre électronique fait passer du droit de distribution au droit de communication au public, alors que l'œuvre est la même, quel que soit son support, matériel ou immatériel et que le public donne le plus souvent davantage d'importance au contenu – le livre, l'œuvre littéraire – qu'au contenant – le fichier informatique qui renferme l'œuvre –.

b) Un nouveau droit des exceptions et limitations

33. Notions. Degrés. – Certaines limitations sont radicales, privant les titulaires de tout droit patrimonial dans des cas spéciaux prévus par la loi. Ce sont les **exceptions proprement dites**, que j'appelle *exceptions absolues* (1). D'autres limitations sont plus nuancées et portent une atteinte plus faible au droit exclusif. Ce sont les cas de **gestion collective obligatoire** (2), dans lesquels les titulaires de droits perdent la faculté de signer eux-mêmes les contrats d'exploitation, cette tâche étant transférée par la loi aux organismes de gestion collective : sociétés d'auteurs (SACEM, SACD, ADAGP, SCAM, etc.), d'artistes-interprètes (ADAMI, SPDIDAM) ou encore de producteurs (SPPF, SCPP). Enfin, certaines limitations consistent en des **licences légales**, c'est-à-dire des cas spéciaux dans lesquels les titulaires de droits perdent leur droit d'autoriser ou d'interdire mais conservent leur droit à rémunération, celle-ci étant alors perçue par un organisme de gestion collective (3).

1. Exceptions absolues

34. Reproductions techniques provisoires. – La plus importante des exceptions absolues est celle de reproduction technique provisoire. L'article L. 122-5, 6°, du CPI la définit ainsi : « *La reproduction provisoire présentant un caractère **transitoire** ou **accessoire**, lorsqu'elle est une **partie** intégrante et essentielle **d'un procédé technique** et qu'elle a pour unique objet de permettre l'utilisation licite de l'œuvre ou sa transmission entre tiers par la voie d'un réseau faisant appel à un intermédiaire* ». Elle permet de ne pas soumettre à autorisation le butinage ou feuilletage (*browsing*), certaines **copies cache** qui sont des prélectures faites dans la mémoire tampon de l'ordinateur et destinées à disparaître après écoute ou visionnage d'une œuvre (mais pas les copies dites « proxy », comme celles des serveurs de moteurs de recherche, qui ont une signification économique puisqu'elles permettent de gagner du temps) et les multiples reproductions qu'implique le **routage** (l'acheminement) de serveur en serveur afin de relayer et d'acheminer les données jusqu'à l'ordinateur récepteur.

35. La fouille de textes et de données ou *data mining*. – Le Code de la propriété intellectuelle permettait déjà les reproductions numériques en vue de l'exploration de textes et de données scientifiques, mais seulement à des fins de recherche publique (CPI, art. L. 122-5, 10°). La directive 2019/790 reprend cette exception libre et gratuite (art. 3) mais l'étend aux utilisations commerciales, heureusement en permettant la clause contraire (art. 4).

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. »).

36. Les courtes citations. – Un tiers dispose de la faculté de faire des « courtes citations » afin d'illustrer son propos, à condition qu'elles soient proportionnées (« courtes ») et qu'elles revêtent un « caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information » (CPI, art. L. 122-5, 3°, a) et art. L. 211-3, 3°, premier tiret). En principe, elles sont incorporées dans une œuvre citante mais la CJUE admet qu'elles soient séparées de celle-ci et prennent la forme d'un lien hypertexte⁵⁰.

37. Les utilisations d'œuvres et d'objets protégés par un droit voisin à des fins d'illustration pédagogique. – L'exception est apparue d'abord dans la directive 2001/29/CE Société de l'information⁵¹. Mais elle était facultative pour les Etats membres. La directive 2019/790/UE la rend obligatoire et l'étend aux usages numériques. Ainsi entrent dans le champ de cette exception les cours en ligne, les intranets ou espaces numériques de travail (ENT) d'établissements d'enseignement ou de recherche, l'utilisation des tableaux blancs numériques ou encore d'ordinateurs permettant de projeter des œuvres. Toutefois, cette exception est fortement limitée, surtout en matière d'œuvres d'art puisque seuls des extraits peuvent être reproduits et communiqués. Il faudrait donc, par exemple, que les cours d'histoire de l'art ne soient illustrés que par des morceaux de tableaux, de statues ou de monuments ! En outre, elle présente l'inconvénient pour les enseignants d'être payante⁵². Enfin, l'exception pédagogique fait double emploi avec celle de courtes citations, instituée par la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique (CPI, art. L. 122-5, 3°, a) qui, elle, est gratuite. Cependant, la directive 2001/29/CE permet aussi aux législateurs nationaux d'instituer une exception absolue, c'est-à-dire sans compensation financière (art. 5).

38. Les enregistreurs personnels de vidéo en réseau (EPVR) ou *Network personal video recorder (NPVR)*. – Le Code de la propriété intellectuelle consacre un cas précis d'informatique dans le nuage et le valide en tant que copie privée. Il s'agit des *enregistreurs personnels de vidéo en réseau* (EPVR). Ce sont des services disponibles en ligne qui proposent d'effectuer des enregistrements (reproductions) d'émissions de télévision ou de radio, les postent dans un espace personnel mis à la disposition du client qui lui est accessible à tout moment à partir de tout terminal connecté : ordinateur, tablette, smartphone. Mais, pour que l'exception de copie privée s'applique à ce cas particulier, le Code de la propriété intellectuelle exige que le service d'enregistrement soit fourni par les éditeurs de télévision et de radio (chaînes) ou par les distributeurs de leurs programmes (opérateurs tels Orange, Free, Numéricable, CanalSat, SFR, etc.). Dans ce dernier cas, les distributeurs doivent obtenir une autorisation de la part des chaînes de télévision ou de radio (CPI, art. L. 331-9, al. 3). Si le service de *cloud* est fourni par un tiers, l'exception ne joue plus et le droit d'autoriser ou d'interdire

⁵⁰ CJUE 29 juill. 2019, aff. C-516/17 : JCP G 2019, 874, note D. Berlin ; JCP E 2019, 1582, n° 15, obs. Agnès Robin ; point 84 : « la notion de « citations », visée à cette disposition, couvre le renvoi, au moyen d'un lien hypertexte, à un fichier consultable de manière autonome. ».

⁵¹ Dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, art. 5.3, a). En France, c'est la loi « Société de l'information » n° 2006-961 du 1er août 2006, art. 1er, qui l'a transposée. Puis la loi n° 2013-695 du 8 juill. 2013, art. 77, l'a étendue au numérique.

⁵² C'est donc en réalité, bien que l'exception figure à côté des exceptions absolues dans les art. L. 122-5 CPI et L. 211-3 CPI, une licence légale.

reprend son empire⁵³. En définitive, les NPVR ne posent guère de problème en droit positif car ils sont la transposition numérique du magnétoscope analogique d'antan.

39. Exception en faveur des personnes souffrant d'un handicap physique ou mental. – L'un des plus beaux apports du digital réside dans la possibilité pour des organismes à but non lucratif telles les bibliothèques et les médiathèques, d'offrir aux handicapés des versions adaptées des supports d'œuvres et autres objets protégés. Les versions adaptées peuvent être des livres en braille, des livres à la mise en page adaptée pour les besoins des personnes dyslexiques ou malvoyantes, des œuvres en relief, des vidéos en langue des signes, des enregistrements de lectures de livres (livres-audio). L'exception est libre et gratuite bien que précisément définie et limitée (CPI, art. L. 122-5, 7°, L. 122-5-1 et L. 122-5-2).

40. L'exception en faveur des médias. – La représentation et la reproduction totale ou partielle d'une œuvre d'art plastique, graphique ou architecturale par voie de presse écrite, audiovisuelle *ou en ligne* est libre et gratuite à condition que l'usage soit exclusivement destiné à l'information immédiate, donc de stricte actualité (CPI, art. L. 122-5, 9°).

41. Exceptions ou limitations rendant plus effectif le droit patrimonial. – Paradoxalement, certaines limitations rendent plus effectives certaines prérogatives patrimoniales : ce sont les cas de gestion collective obligatoire et les licences légales. Car les titulaires n'ont pas la puissance économique qui leur permettrait de négocier des cessions ou licences contractuelles. Ils ont donc tout intérêt à voir leur droit exclusif atteint dans son principe, quitte à ce que le législateur leur assure en contrepartie les moyens de se faire rémunérer les utilisations des objets protégés. Il s'agit de cas de *gestion collective obligatoire* et des *licences légales*.

2. Gestion collective obligatoire

42. Les moteurs de recherche. Gestion collective obligatoire. – Les moteurs de recherche doivent aussi obtenir les autorisations de reproduction et de mise à la disposition du public des œuvres et objets de droits voisins. Mais elles seront obligatoirement délivrées par un organisme de gestion collective, non pas par les titulaires de droits directement. En effet, ils engrangent des milliards de données⁵⁴ dans ce que l'on appelle une base de départ, dont une grande partie est constituée d'œuvres, de prestations d'artistes-interprètes, de phonogrammes ou de vidéogrammes ou encore de programmes audiovisuels et d'articles de la presse écrite mise en ligne. Puis, lorsque l'utilisateur tape une requête, le moteur de recherche sélectionne dans la base de départ les noms de sites *web* correspondant à cette requête. Le résultat ou fruit de la recherche est appelé base d'arrivée. C'est bien également une base de données⁵⁵. Cette dernière base peut contenir des objets protégés : titres d'œuvres, œuvres elles-mêmes (photos, dessins, photos d'œuvres d'art plastique)⁵⁶. La loi n° 2016-925

⁵³ Rev. aff. « Wizzgo » (magnétoscope en ligne) : TGI Paris, 25 nov. 2008 : *RTD com.* 2009, p. 312, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RIDA* janv. 2009, p. 219, obs. P. Sirinelli.

⁵⁴ Les moteurs de recherche comportent des **référencements**, c'est-à-dire des enregistrements de noms et de contenus de sites web. *Référencer un site* signifie en effet procéder à son *enregistrement sur un moteur de recherche*.

⁵⁵ Cf. *Lamy droit du numérique*, éd. Lamy, 2013, n° 2368, p. 1520-1521, par M. Vivant.

⁵⁶ V. l'aff. « Google search » : Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-20358.

du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine a créé un système de gestion collective obligatoire du droit de reproduction des œuvres des arts plastiques, graphiques et photographiques lorsque cette reproduction est le fait des moteurs de recherches et autres services automatisés de référencement d'images (CPI, art. L. 136-1 à L. 136-4). En effet, les auteurs ne parviennent pas, en fait, à conclure des contrats de cession avec ces utilisateurs, notamment en raison de l'inégalité des rapports de force économique et des difficultés d'ordre matériel (les consultations sont innombrables et concernent une multitude d'œuvres). La loi a donc attribué à un organisme de gestion collective (OGC), agréé par le ministre de la Culture, le soin d'exercer le droit de reproduction des auteurs en délivrant les autorisations aux moteurs de recherche d'images et aux services de référencement d'images. Ces OGC ont en effet davantage de poids pour imposer le respect du droit d'auteur aux moteurs de recherche que les auteurs ou leurs ayants droit. L'organisme de gestion collective agréé est la société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques-ADAGP. Les redevances sont perçues puis réparties entre les auteurs, qu'il faut donc identifier. L'informatique semble de nature à le permettre. Le montant des redevances est fixé par des accords entre l'organisme de gestion collective et les exploitants des services. A défaut d'accord, c'est une commission mixte administrative qui le fait (V. textes préc.).

3. Licences légales

43. Extension de la licence légale en matière de phonogrammes aux webradios. – La loi du 7 juillet 2016, dite « Liberté de la création », a étendu le système de licence légale en matière de radiodiffusion de phonogrammes du commerce aux webradios (CPI, art. L. 214-1, 3°). C'est une bonne mesure car il était anormal qu'elles échappassent à l'obligation de rémunérer les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes, uniquement eu égard au mode de diffusion.

c) L'exploitation en ligne des œuvres et objets protégés par un droit voisin

44. Source. – La directive 2019/790/UE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique offre la possibilité aux Etats membres d'instituer dans leur législation nationale le système dit des **licences collectives étendues**.

45. Définition et nature. – La licence collective étendue est un contrat passé entre un organisme de gestion collective et un exploitant d'œuvres ou d'objets protégés par un droit voisin, ayant pour contenu une autorisation d'utilisation et dont l'effet s'étend aux titulaires de droits non membres de l'organisme et qui ne lui ont pas non plus donné mandat. Elle existe depuis les années soixante dans les pays nordiques⁵⁷. On la trouve également au Royaume-Uni et aux Etats-Unis⁵⁸. En droit français, et quant à leur objet du moins, ces licences correspondent aux contrats généraux de représentation (CPI, art. L. 132-18) ou/et de reproduction (pratique contractuelle) du droit d'auteur et des contrats généraux d'intérêt commun des droits voisins (CPI,

⁵⁷ G. Karnell, « La transposition en Suède de la directive européenne sur la société de l'information », *RIDA* n° 206, oct. 2005, p. 160 et s. ; F. Siiriainen, *op. cit.*, n° 1 et notes 7 à 8.

⁵⁸ Pour le droit anglais : section 116 B du *Copyright, Design and Patent Act* (CDPA). V. J.-M. Bruguière, *Le droit du copyright anglo-américain*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2017, p. 139.

art. L. 324-5)⁵⁹. Enfin, aux termes de l'article 12 de la directive 2019/790/UE, les Etats membres peuvent y recourir facultativement en ce qui concerne l'utilisation *sur leur territoire* d'œuvres et autres objets protégés. *Ce ne sont donc pas des licences multiterritoriales.*

46. Domaine. – Les licences collectives étendues ont un champ d'application restrictif. En effet, selon la directive (art. 12.2) :

« les Etats membres veillent à ce que le mécanisme d'octroi de licences visé au paragraphe 1 ne s'applique que dans des domaines d'utilisation bien définis, lorsque l'obtention d'autorisations auprès des titulaires de droits sur une base individuelle s'avère habituellement onéreuse et difficile à mettre en œuvre dans une mesure qui rend improbable la transaction nécessaire à l'octroi d'une licence, en raison de la nature de l'utilisation ou des types d'œuvres ou d'autres objets protégés concernés »⁶⁰.

47. Mécanisme. – Selon la directive 2019/790/UE (art. 12.1) :

« les États membres peuvent prévoir que, lorsqu'un organisme de gestion collective (...), conformément aux mandats donnés par les titulaires de droits, conclut un accord de licence pour l'exploitation d'œuvres ou d'autres objets protégés :

a) un tel accord peut être étendu pour s'appliquer aux droits des titulaires de droits qui n'ont pas autorisé l'organisme de gestion collective à les représenter par voie de cession, de licence ou de tout autre accord contractuel ; ou

b) en ce qui concerne un tel accord, l'organisme dispose d'un mandat légal ou est présumé représenter les titulaires de droits qui ne l'ont pas autorisé à agir de la sorte. »

La particularité de ce système réside dans le fait que des licences sont délivrées pour le compte de titulaires qui ne sont ni membres ni mandants de l'organisme de gestion collective donneur de licence, donc sans leur consentement. Ainsi, il s'agit d'une **restriction au droit exclusif**. Mais les titulaires de droits jouissent de plusieurs garanties dont un **droit de sortie**⁶¹. Paradoxalement, celui-ci a pour effet de créer deux catégories de titulaires gérés par l'organisme : ceux qui y ont adhéré et qui n'ont pas le droit de délivrer des autorisations individuelles et ceux qui sont extérieurs audit organisme et qui disposent du droit d'*opt out*, à la suite duquel ils recouvreront leur pouvoir d'exercice individuel de leurs droits patrimoniaux dans le domaine de la licence collective étendue considérée⁶².

48. Différences avec la gestion collective obligatoire. – Le droit français ne connaît pas de telles formes de licences. Pourtant, il connaît bien des formules très proches : ce sont tous ces cas de **gestion collective obligatoire** qui se sont multipliés depuis quelques années :

- Droit de reproduction par reprographie (art. L. 122-10 et s., CPI) ;
- Retransmission par câble simultanée, intégrale et sans changement sur le territoire national d'une œuvre télédiffusée à partir d'un Etat membre (art. L. 132-20-1, CPI) ;

⁵⁹ F. Siiriainen, *op. cit.*, n° 1.

⁶⁰ V. aussi consid. 49.

⁶¹ Les autres garanties sont énoncées à l'article 12.3 : représentativité de l'organisme de gestion collective, égalité de traitement de tous les titulaires de droits concernés ; information préalable (mais non pas individuelle) sur la possibilité de recourir au système.

⁶² F. Siiriainen, *op. cit.*, n° 4.

- Œuvres indisponibles ;
- Référencement et indexation d'œuvres en ligne (art. L. 136-1 et s., CPI).
- En droit voisins, également retransmission par câble (art. L. 217-1 et s., CPI).

Dans tous ces cas, la loi française a recours à une présomption de mise en gestion collective ou à une cession légale et l'organisme de gestion collective agit alors non seulement pour le compte de ses propres membres *mais aussi pour celui des non membres, non mandants, non cédants*. Le système des licences étendues comporte une différence essentielle avec celui de la gestion collective obligatoire. Les licences ne peuvent affecter le consentement des non membres non mandants que si elles ont été délivrées ; *l'extension est déclenchée par la délivrance de la licence à un exploitant*. Au contraire, la gestion collective obligatoire est immédiatement et directement applicable à tous les titulaires de droits concernés, membres ou non. De plus, les titulaires de droits auxquels la licence est étendue ont le loisir d'exercer leur droit de retrait alors que la gestion collective obligatoire ne laisse à aucun titulaire de droits cette possibilité ⁶³.

49. Inconvénients et avantages des licences collectives étendues. – En théorie, les licences collectives étendues constituent une **atteinte au droit exclusif**, lequel est affirmé solennellement dès l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle pour les auteurs : « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création d'un droit de propriété incorporel, exclusif et opposable à tous* ». Mais ces licences comportent aussi de nombreux avantages pratiques : sécurité pour les utilisateurs, simplicité pour eux comme pour les titulaires de droits et meilleure effectivité du droit à rémunération desdits titulaires de droits. En effet, comme on l'a constaté à plusieurs reprises, ceux-ci sont en général parties faibles dans les rapports contractuels avec les exploitants. Dès lors, il vaut mieux leur garantir des rémunérations perçues de façon automatique, quitte à leur enlever le droit d'autoriser individuellement et directement. Tout comme les licences légales. Dans celles-ci, le droit d'autoriser ou d'interdire est totalement supprimé par la loi dans des cas spéciaux. Reste un droit à rémunération. Par exemple, les artistes-interprètes perçoivent de fait beaucoup plus de rémunérations lorsque leurs phonogrammes sont radiodiffusés que s'ils devaient contracter avec chaque radiodiffuseur. C'est pourquoi la SPEDIDAM tient tout particulièrement à cette licence légale.

Reste à voir dans quels cas le législateur français instaurera éventuellement des licences collectives étendues, alors qu'il existe déjà d'assez nombreux cas de gestion collective obligatoire en propriété littéraire et artistique ⁶⁴.

II. L'impact de la digitalisation sur l'effectivité des droits

50. Introduction et plan. – Les réseaux numériques sont malheureusement propices à la violation des droits de propriété littéraire et artistique du fait qu'ils facilitent la circulation des œuvres et des objets protégés par

⁶³ Sauf cas particulier de la gestion des droits des auteurs d'œuvres indisponibles : V. Dir. 2019/790/UE, art. 8 à 11 et F.-M. Piriou, *op. cit.*

⁶⁴ A ce propos, les Etats membres ont l'obligation de transposer la directive avant le 7 juin 2021 (art. 29). Mais la Commission est appelée à présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'utilisation dans l'UE des mécanismes d'octroi des licences collectives étendues, au plus tard le 10 avril 2021 (art. 12.6). Cette dernière date paraît évidemment précoce et ne laisse de rendre perplexe dès lors que les législations nationales n'auront probablement pas encore transposé la directive.

un droit voisin : la mise en ligne par téléchargement ascendant (*uploading* ou encore téléversement), cette véritable *consommation* de ce que les textes européens nomment désormais les « contenus » en ligne par *streaming* sont devenus parfaitement accessibles au commun des mortels. Dès 2001, le droit de la Communauté européenne a permis et protégé le recours à des mesures techniques, en guise de protection en amont, sachant parfaitement que le prononcé de sanctions en aval est souvent devenu illusoire (A). Une « mesurette » a aussi été prise : la riposte graduée, plus dissuasive que sanctionnatrice (B). Mais c'est surtout la directive Droit d'auteur et droits voisins dans le marché unique numérique qui tente de rendre effectifs les droits des créateurs sur les plates-formes d'échange de fichiers postés par les internautes (C).

A. Les mesures techniques

51. Mesures techniques de protection et d'information. – Les titulaires de droits et certains opérateurs d'Internet ont trouvé de nouvelles façons plus efficaces (plus radicales) de contrôler l'utilisation des œuvres ou de gérer les droits et ils ont été suivis par le législateur : il s'agit des mesures techniques de protection (MTP), d'identification et d'information (MTI). Les mesures techniques de protection consistent en une sorte de *plombage* des supports sur lesquels sont insérés des œuvres ou des objets protégés par un droit voisin, en particulier des jeux-vidéos et des logiciels. On peut parler, par comparaison, de « verrous techniques ». Ces mesures, prévues en France par la loi Société de l'information de 2006, ne se sont pas généralisées car l'offre d'un produit, physique (CD, DVD) ou en ligne (téléchargement de musique et de films) comportant des MTP est particulièrement peu concurrentielle et fait l'effet d'un repoussoir auprès du consommateur.

52. Exemples de mesures techniques⁶⁵. – Le *Serial Copy Management System* (SCMS) autorise la copie, mais pas la copie de copie ; l'autodestruction du fichier contenant l'œuvre ou/et l'objet protégé par un droit voisin, après sa première utilisation ; les *dongles* : matériels connectés à l'ordinateur contenant la clé ou le mot de passe requis par le logiciel pour fonctionner (c'est une clé de sécurité) – s'ils ne sont pas connectés à l'ordinateur, l'œuvre demeure inaccessible – ; possibilité de faire uniquement des copies de faible qualité, comme dans le mode analogique ; impossibilité de copier un fichier communiqué en *streaming* (VOD ou musique à la demande).

53. Saisine du tribunal. – Le tribunal judiciaire peut être saisi en vue d'interdire ou de restreindre l'utilisation d'un logiciel principalement utilisé pour la mise à disposition illicite d'œuvres au public (CPI, art. L. 336-1). De plus, la mise à la disposition du public d'un logiciel manifestement destiné au téléchargement illicite est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 € d'amende (CPI, art. L. 335-2-1).

B. La lutte contre le téléchargement illicite

54. Le *peer-to-peer* n'est pas une copie privée. – Le P2P, pair-à-pair⁶⁶ (ou poste à poste) n'est pas considéré par la jurisprudence comme de la copie privée libre de droits. En effet, d'une part, l'échange des fichiers suppose une **mise à la disposition des tiers** – or, la copie privée seule autorisée est celle qui est réservée à l'usage

⁶⁵ V. le tableau in H. Bitan, *Droit des créations immatérielles*, Lamy Axe Droit, 2010, n° 367, p. 230-231. NB Toutes ces techniques ne sont pas licites car nombre d'entre elles sont déloyales, voire réprimées par le Code pénal.

⁶⁶ Ce qui signifie, au sens propre, d'égal à égal.

personnel du seul copiste ou, du moins, de son cercle de famille (CPI, art. L. 122-5, 2° et L. 211-3, 2°). D'autre part, la **source** de la copie est souvent elle-même **illicite**, ce qui bloque le jeu de l'exception (mêmes textes, depuis 2011). C'est contre cette pratique qu'a été instituée la HADOPI⁶⁷. Si l'on voulait rendre licite le *peer-to-peer*, il faudrait que chaque « pair » obtienne une autorisation de reproduire l'œuvre à chaque fois qu'il effectue une copie ! En effet, le *peer-to-peer* nécessite un premier acte de reproduction sur le disque dur de l'internaute qui partage l'œuvre et un second acte de reproduction de la part de celui qui la reçoit⁶⁸. Quant à la personne qui édite un logiciel principalement destiné au *peer-to-peer*, elle peut se voir ordonner sous astreinte toute mesure nécessaire au respect de la propriété littéraire et artistique (art. L. 335-2-1 CPI) ; en particulier la cessation de la « vente » (licences) du logiciel.

55. Peines spécifiques à certaines contrefaçons en ligne. – Le législateur a par ailleurs pris l'option de renforcer la lutte contre l'utilisation illicite sur internet d'œuvres et d'objets de droits voisins. Ainsi, afin de renforcer le régime répressif et d'assurer cette protection, le législateur a créé deux nouvelles infractions distinctes : le délit de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne (CPI, art. L. 335-7) et une contravention de 5^e classe pour manquement à l'obligation de surveillance⁶⁹ de son accès internet, en cas de négligence caractérisée⁷⁰ (CPI, art. 335-7-1).

56. La réponse graduée. – Cette lutte est accompagnée d'un système dit de « réponse graduée » poursuivant le but d'avertir les internautes « pirates » du fait qu'ils sont contrefacteurs et de leur enjoindre de cesser leurs agissements. C'est la tâche de l'autorité administrative indépendante créée en 2009 : la célèbre HADOPI (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet). Elle a un rôle essentiellement dissuasif, mais elle a le droit, en cas de réitération du comportement « pirate », de transmettre le dossier au Parquet. Des agents assermentés, ceux de l'HADOPI elle-même ou ceux des organismes de gestion collective (et, *a fortiori*, la police judiciaire), ont le droit d'effectuer des constats à partir d'enquêtes menées sur le *net*, en identifiant l'adresse IP de l'abonné. Celle-ci est ensuite transmise à l'HADOPI qui obtient du fournisseur d'accès le nom de l'abonné. C'est à partir de ce moment que l'HADOPI adressera au titulaire de l'accès à Internet une recommandation par courrier électronique, puis par « *tout moyen propre à établir la preuve de la date* » dans un délai de 6 mois après le premier avertissement si les faits sont renouvelés au cours de cette période. S'ils ne sont pas suivis d'effet, elle transmet l'affaire à l'autorité judiciaire qui statuera dans les formes simplifiées de l'ordonnance pénale (C. pr. pén., art. 495 et s.) ou à juge unique (tant au civil qu'au pénal). Quant à la sanction, le Code de la propriété intellectuelle permet désormais au magistrat d'appliquer à titre principal une peine complémentaire : la suspension de l'abonnement⁷¹, avec obligation de poursuivre les paiements et interdiction de souscrire à un nouveau service, pour une durée maximale d'un an, réduite à un

⁶⁷ Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet. Qui fusionne avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) pour devenir l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM).

⁶⁸ H. Bitan, *op. cit.*, n° 229, p. 157.

⁶⁹ C. pr. pén., art L. 336-3.

⁷⁰ CPI, art. R. 335-5.

⁷¹ Suspension qui ne s'applique qu'au moyen ayant permis les actes de contrefaçon, et non aux autres types de service tels que le téléphone, mails, télévision.

mois lorsque l'abonné n'est pas l'auteur du délit de contrefaçon (mais coupable de manquement à l'obligation de surveillance de son accès à internet). Il incombe alors à l'HADOPI, informée de la condamnation, de demander la suspension au fournisseur d'accès, qui engagera sa responsabilité en cas de non-respect ⁷².

C. La responsabilité des plates-formes de partage en ligne

57. Définition des plates-formes. – L'article 2, paragraphe 6, de la directive 2019/790/UE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique donne la définition du « fournisseur de services de partage de contenus en ligne » ⁷³. C'est une personne qui stocke et donne au public l'accès à des contenus protégés (œuvres et objets de droits voisins) qui ont été postés (« téléversés ») par les utilisateurs. Ce sont donc bien des plates-formes de partage de contenus numériques en ligne.

58. Obligation d'obtenir une licence de la part des titulaires de droits. – Il résulte de l'important article 17 de la directive – voté après d'âpres débats – qu'une plate-forme de partage de contenus en ligne effectue une *communication au public* ou une *mise à la disposition du public* lorsqu'elle donne au public l'accès à des œuvres ou autres objets protégés *qui ont été téléversés par ses utilisateurs* (art. 17.1). C'est dire qu'elle est responsable alors qu'elle n'a pas la qualité d'éditeur de contenus. C'est donc un régime dérogatoire à la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique ⁷⁴ (V. dir. 2019/790/UE, art. 17.3). La plate-forme doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits visés, par exemple en concluant un accord de licence (art. 17.1, al. 2). En l'absence d'autorisation, la communication est illicite et le fournisseur de services de partage est responsable, de même que l'utilisateur (art. 17.3).

D. La création d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse et des agences de presse

59. Recherche de l'effectivité des droits et partage de la valeur. – Les agrégateurs d'informations sur les réseaux numériques reproduisent et communiquent au public des œuvres de journalistes : écrits, photographies, vidéogrammes ⁷⁵, qui sont issus des agences de presse (dépêches, articles) et des éditeurs de presse (écrits dans les quotidiens et revues dits généralistes, services de presse en ligne [CPI, art. L. 218-1]). En principe, nulle loi nouvelle n'eût été nécessaire pour soumettre de telles utilisations au droit d'auteur. Les journalistes cédant leurs droits d'auteur aux éditeurs et agences, ces cessionnaires directs les sous-cèdent aux utilisateurs et versent des redevances aux journalistes auteurs. Cependant, les GAFAM refusant trop souvent de solliciter les autorisations, le problème du partage de la valeur s'est rapidement posé. L'idée est ainsi venue de créer un nouveau droit voisin au profit des éditeurs de presse et des agences de presse, sur le modèle de ceux

⁷² V. le schéma de la réponse graduée en annexe.

⁷³ « 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 importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été **téléversés par ses utilisateurs**, qu'il organise et promeut à des fins lucratives ».

⁷⁴ Transposée par la LCEN (loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique).

⁷⁵ Le vidéogramme est une séquence d'images, sonorisée ou non (CPI, art. L. 215-1, al. 2).

des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, mais qui pourrait, en outre, bénéficier indirectement aux journalistes⁷⁶. C'est ce qui est prescrit par la directive 2019/790/UE, qui fut rapidement transposée en France par la loi du 24 juillet 2019⁷⁷. Ce nouveau droit voisin se cumule donc, sans l'effacer nullement, avec le droit d'auteur des journalistes et porte, non pas sur les œuvres de ces derniers⁷⁸, mais sur l'édition ou la production de celles-ci. Néanmoins, une part des rémunérations versées par les plates-formes revient aux journalistes (CPI, art. L. 218-5) ; ce qui assure en même temps l'effectivité de leur rémunération. Seules les reproductions et communications au public effectuées par des « services de communication au public en ligne » donnent prise à ce droit voisin (CPI, art. L. 218-2). Il ne s'agit pas d'un droit offert d'une façon indifférenciée aux éditeurs de presse – *a fortiori* à l'ensemble des éditeurs – et agences de presse, mais d'une forme de droit de suite fondé sur la destination des œuvres journalistiques.

Conclusion

60. Partage de la valeur. – Le digital permet une circulation démultipliée des œuvres de l'esprit et des divers objets protégés par un droit voisin du droit d'auteur. La facilité technique conduit souvent celles et ceux qui sont devenus des « consommateur de contenus » à s'attendre à la gratuité de leur mise à disposition. Pourtant, le fondement de la propriété intellectuelle demeure : laisser aux propriétaires, titulaires de droits, la maîtrise des biens immatériels dont ils sont les propriétaires naturels et les rémunérer équitablement. Or, du fait de l'omniprésence – pour ne pas dire, l'omnipotence – des GAFAM, le partage de la valeur sur les réseaux numériques entre les propriétaires des créations et les exploitants s'est détérioré au détriment des premiers. C'est au rétablissement de ce partage que travaillent depuis plusieurs années l'Union européenne et les pays membres de celle-ci, ce qui est en particulier l'un des buts poursuivis par la directive 2019/790/UE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, qui en est le fer de lance. Encore faut-il que les géants du net acceptent d'appliquer le Droit positif ; chose à laquelle ils sont encore trop souvent réticents⁷⁹. On mesure ainsi à quel point, par le biais du digital, la démocratie et les libertés individuelles se trouvent menacées au moins autant par l'abus de puissance économique que par les régimes politiques totalitaires.

⁷⁶ NB : Les droits des producteurs ne sont pas partagés avec les artistes-interprètes ; le cas des licences légales étant d'une autre nature.

⁷⁷ Loi n° 2019-775 du 24 juill. 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse (JORF n° 172, 26 juill., texte n° 4).

⁷⁸ Ce que le CPI appelle, soit « œuvres (...) de nature journalistique » (CPI, art. L. 218-1, I), soit, de façon générale, « contenus journalistiques » (CPI, art. L. 218-1, II).

⁷⁹ Google, qui prétendait se situer au-dessus des lois, s'est vu enjoindre par la cour d'appel de Paris de signer un accord respectant le droit voisin des éditeurs de presse et agences de presse : CA Paris, pôle 6, ch. 7, 8 oct. 2020, RG n° 20/08071, *Soc. Google LLC et al. c/ SPEM et al.*, (conf. de Autorité de la concurrence, déc. n° 20-MC-01, 9 avr. 2020).

ANNEXE
Schéma de la réponse graduée (HADOPI)

