

Première évaluation de la méthode adoptée par la Commission dans ses propositions du 9 décembre 2015 sur la modernisation du droit d'auteur dans un marché unique numérique connecté

Yves Gaubiac et Frank Gotzen

I. Les propositions de la Commission du 9 décembre 2015

Le 9 décembre 2015, la Commission européenne vient d'avancer un certain nombre de propositions et d'actions en vue de « moderniser la législation de l'UE relative au droit d'auteur », sous la perspective d'un « marché unique numérique connecté »¹.

Le paquet des mesures avancées comporte un programme qui devrait se réaliser à partir de 2016.

Ainsi nous disposons d'ores et déjà d'une proposition de règlement du 9 décembre 2015 sur la portabilité². Celle-ci fera l'objet de discussions en 2016 en vue de son adoption et de sa mise en œuvre qui, idéalement, devrait coïncider avec la date d'abolition des frais d'itinérance dans le courant de l'année 2017³.

Dans une communication du même jour⁴ un grand nombre d'autres propositions est annoncé pour le courant de l'année 2016, dont le détail dépendra en partie du résultat des consultations publiques clôturées⁵ ou lancées⁶ en 2015.

¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6261_fr.htm.

² http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=12524.

³ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6262_fr.htm.

⁴ "Towards a modern, more European copyright framework", COM(2015) 626, http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?action=display&doc_id=12526.

⁵ Consultation sur la révision de la directive satellite et câble, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive#Français>.

⁶ Consultation sur l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative, <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/6906074f-1cca-44ea-aed7-e3fa659e645e?draftid=196d1626-7359-4398-a3b8-9a97c7e3a2b2&surveylanguage=FR&serverEnv=>.

Consultation sur le géoblocage et d'autres restrictions géographiques appliquées aux achats et à l'accès à l'information dans l'UE, <https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/6fc583c2-3e7e-4b5d-9246-38bd973b8a55?draftid=3925d4ec-2359-4f78-b2bb-96ff485d65d6&surveylanguage=FR&serverEnv=>.

Enfin, le même jour a vu l'annonce d'une nouvelle consultation publique, portant cette fois sur le cadre légal nécessaire au respect des droits de propriété intellectuelle⁷.

Dans la lignée du rapport que nous avons rédigé à la demande de la Fondation pour le droit continental en Mars 2015⁸, nous proposons aujourd'hui une première évaluation de ces propositions. Cette évaluation part du même esprit dont était issu notre rapport initial, à savoir une concentration non pas tellement sur le pour et le contre des réponses que l'on pourrait apporter aux questions abordées, mais bien plutôt sur la méthode pour y arriver.

II. La méthode suivie pour surmonter le principe de la territorialité nationale du droit d'auteur.

Le marché unique connecté qui se développe à l'échelle de l'Union est susceptible de rencontrer certains obstacles sur l'ensemble des territoires des 28 Etats qui le composent. Un de ces obstacles peut provenir d'un droit d'auteur partant du principe de la territorialité qui mène à la fragmentation des lois et pratiques nationales en la matière.

Le paquet de mesures proposées le 9 décembre démontre que la Commission se rend bien compte que le principe de la territorialité des droits de propriété intellectuelle, solidement ancré dans les conventions internationales, ne se prête pas à une abolition globale. Elle prend dûment en compte le fait que, sur un territoire de l'Union composé de 28 régimes différents de droit d'auteur au niveau national, imparfaitement harmonisés par les directives existantes, une certaine liberté des acteurs sur le marché peut rester nécessaire. Dépendant des circonstances économiques, ces derniers, au moins pour le moment, devraient pouvoir continuer à opter pour des formes d'exploitation limitée qui conditionnent la viabilité de certains secteurs. Il en est particulièrement ainsi du secteur de l'audiovisuel qui, pour des raisons qui peuvent se révéler impérieuses, et qui tiennent à des considérations économiques, culturelles ou linguistiques, opte souvent pour des licences exclusives ou territoriales. Il en va sans doute de même pour les retransmissions sportives, qui, bien que non couvertes par le droit d'auteur en elles-mêmes, peuvent l'être par un droit voisin, ou par l'inclusion d'éléments musicaux ou visuels protégeables.

Cette reconnaissance, au moins provisoire, du principe de la territorialité, explique le caractère limité de la proposition de règlement sur la portabilité. Celle-ci introduit une ouverture obligatoire au-delà des frontières nationales des contrats d'utilisation existants en faveur des ressortissants de l'Union, abonnés dans leur territoire de résidence d'un service audiovisuel en ligne auquel ils devront pouvoir continuer à accéder même pendant leurs déplacements dans un autre territoire de l'Union. Certaines discussions pourront encore voir le jour sur l'absence de limitation du caractère « temporaire » du déplacement en question, ou

⁷Public consultation on the evaluation and modernisation of the legal framework for the enforcement of intellectual property rights (IPR) http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8580&lang=fr.

⁸ <http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/FR-Méthode-dadaptation-des-droits-dauteur.pdf>.

sur la définition trop imprécise du point de rattachement de la « résidence » du ressortissant dans l'Union. Mais pour ce qui nous concerne en ce moment, il paraît surtout essentiel de constater que la proposition respecte dans son principe le contenu des contrats initiaux qui lient les fournisseurs de pareils services aux titulaires de droits, y compris leur extension territoriale éventuellement limitée. Ces contrats initiaux ne devraient dès lors pas être renégo-ciés dans leurs principes⁹.

Pour ce qui concerne la nécessité de préserver la liberté des acteurs sur le terrain d'opter pour une exploitation viable de leurs droits, il s'agira cependant de réévaluer la situation le jour où, au printemps de 2016, forte des résultats de la consultation publique lancée sur ce sujet, la Commission présentera des propositions concernant une extension éventuelle du système de la directive « câble et satellite » aux retransmissions en ligne.

Laissant de côté le contenu même de la proposition sur la portabilité, il convient d'attirer l'attention sur la technique adoptée pour arriver au résultat. Pour la première fois dans l'histoire de l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union, la Commission utilise l'instrument d'un règlement. A la différence de la directive, celui-ci est directement applicable, d'une façon uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union, sans nécessiter les transpositions éventuellement divergentes dans les 28 législations nationales. Pour surmonter le principe de la territorialité nationale, il s'agit assurément d'un instrument législatif plus adéquat.

La constatation permet de relier cette proposition momentanément modeste à la conclusion prospective beaucoup plus audacieuse formulée dans la dernière partie de la communication, intitulée « une vision pour le long terme ». Si l'on veut résoudre le problème de la fragmentation du droit d'auteur on ne peut que tourner résolument le dos à la méthode de l'harmonisation par petits pas, par des directives qui n'harmonisent qu'imparfaitement des parties de la matière. Quitter les environnements régionaux et surmonter les obstacles dérivant de la territorialité des droits, on ne saurait le réaliser pleinement qu'en suivant les exemples du droit des marques et des brevets. C'est-à-dire proposer un système unique et complet à l'échelle de l'Union, soit un Code européen du droit d'auteur, qui couvrirait l'ensemble de la matière pour les 28 Etats. Le jour où tous les esprits s'y prêteront, ce sera sans doute par la même technique du règlement que cette idée ambitieuse pourra se réaliser. Ainsi que nous l'avions indiqué dans notre rapport, la base légale pour y arriver se trouve dans l'article 118 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁰. Ce texte a été formulé spécialement en vue de mieux permettre d'établir des « mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union »¹¹.

⁹ Considérants 26 et 29 de la proposition de règlement.

¹⁰ Le texte dit dans son premier alinéa : « Dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, établissent les mesures relatives à la création de titres européens pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union, et à la mise en place de régimes d'autorisation, de coordination et de contrôle centralisés au niveau de l'Union ».

¹¹ C'est pourquoi la Commission avait déjà auparavant envisagé concrètement la possibilité d'un règlement général en la matière. En ce sens la Communication de la Commission du 24 mai 2011, « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle », COM(2011) 287, p. 14, ainsi que le Livre Vert du 13 juillet 2011 sur la distribution en ligne d'œuvres audiovisuelles dans l'Union européenne, COM (2011) 427, p. 14. De même la question 78, posée dans la consultation publique lancée par la précédente Commission en décembre 2013 en vue d'inviter les parties intéressées à donner leur point de vue sur les

Remarquons encore que, de façon assez inattendue, la Commission, dans sa vision à long terme, va même un pas plus loin. S'inspirant de précédents en droit des marques et de brevets, elle lance également l'idée, non autrement concrétisée, de l'instauration future d'un Tribunal de l'Union pour le droit d'auteur, en vue d'éviter le morcellement de la jurisprudence.

III. La méthode suivie pour répondre aux défis concrets du numérique dans un marché unique.

1. La définition du périmètre de l'exclusivité

Dans notre rapport nous avons attiré l'attention sur le fait qu'une partie des réponses à fournir aux questions posées par le phénomène du numérique pourraient déjà être apportées par le législateur qui pourrait s'employer à proposer une meilleure définition des prérogatives de l'auteur. C'est en effet un des sujets qui vont retenir l'attention de la Commission en 2016¹².

Ainsi la Commission pourrait réfléchir en 2016 à la problématique des hyperliens, soluble peut-être déjà par une meilleure définition du droit de communication au public et du droit de mise à disposition, sans même devoir introduire une quelconque nouvelle exception.

Ainsi aussi, la Commission pourrait s'intéresser à la question plus spécifique d'une régulation nouvelle des services d'agrégation d'informations. L'introduction éventuelle, mais controversée, au niveau de l'Union d'un nouveau type de droit voisin en faveur des maisons d'édition de la presse serait en effet à classer sous la rubrique de la circonscription du périmètre de protection et non pas sous celle des exceptions.

2. L'adaptation des exceptions aux droits

a. Les exceptions dans le cadre de l'harmonisation

La fragmentation du droit d'auteur étant surtout visible dans le domaine des exceptions aux droits, la Commission déclare dans la troisième partie de sa communication vouloir étudier ou réexaminer ce sujet. Mis à part les obligations internationales générées par la mise en œuvre du Traité de Marrakesh, elle entend se pencher en 2016 sur d'éventuelles propositions qui concerneraient notamment les techniques de fouille de données, l'apprentissage à distance, les activités de conservation du patrimoine culturel, la consultation à distance sur des réseaux électroniques fermés en vue d'une recherche universitaire, scientifique ou même privée, ainsi que la liberté de panorama.

initiatives visant à revoir et moderniser les règles européennes sur le droit d'auteur, concernait un éventuel Code européen du droit d'auteur

¹² Quatrième partie de la Communication de la Commission.

Remarquons cependant que cette annonce n'est encore accompagnée d'aucun détail, ni même d'une garantie de reprise de chacun de ces thèmes, l'analyse du marché et des pratiques contractuelles devant aider à déterminer la voie à suivre.

Sur le plan de la méthode il semble intéressant de remarquer que la Commission semble suivre la même idée que celle que nous avons exprimée dans notre rapport. Il s'agit du choix explicite pour des exceptions obligatoires et non pas facultatives, comme elles le sont aujourd'hui, dans leur grande majorité, dans la directive 2001/29. L'exception qui revête un caractère obligatoire paraît offrir en effet le moyen le plus efficace pour réaliser un véritable marché unique numérique, puisque, à la différence de l'exception facultative, elle évite les différences entre les législations nationales, ce qui va à l'encontre du développement du Marché Intérieur.

b. Flexibiliser ou préciser les exceptions ?

Qu'elles deviennent obligatoires ou qu'elles restent facultatives, il faudra également se prononcer sur le caractère ouvert ou non de la formulation des exceptions existantes ou futures.

Nous nous sommes opposés dans notre rapport à l'idée prônée par certains qui, pour en arriver à un maximum de flexibilité, proposent de reprendre le système du « fair use » à l'américaine, qui pourrait constituer une limitation générale du droit d'auteur, susceptible de compléter ou même de supplanter les exceptions spécifiques. Il nous a semblé que cette approche ne correspond pas à la tradition législative de la grande majorité des législations dans l'Union européenne. Il faut en effet se rendre compte que, tout d'abord, cette approche n'a su prospérer que dans le contexte d'une culture juridique anglo-saxonne qui bâtit ses solutions sur des précédents judiciaires. Ce système assez incertain dans son application au cas par cas se démarque trop de la tradition continentale européenne, qui met plutôt l'accent sur une intervention ponctuelle du législateur.

Il est dès lors important de constater que les textes proposés par la Commission ne portent nulle part la trace de la méthode faussement facile du « fair use ».

c. Correction par le test des trois étapes

La réaffirmation par la Commission, dans la troisième partie de sa communication, de l'importance des engagements internationaux de l'Union revête une importance majeure.

Ainsi, le test des trois étapes, contenu dans plusieurs instruments internationaux, pourra continuer à jouer son rôle. Les exceptions instaurées devront donc respecter l'exploitation normale des œuvres et prévoir là où il le faut des systèmes de compensation pécuniaire pour les dommages causés.

IV. Un niveau élevé de protection

Le souci louable de promouvoir un marché unique du numérique ne devrait pas aboutir à

vider de sa substance la protection des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants. La Cour de justice a souligné maintes fois que l'objectif principal de la directive 2001/29 est d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, notamment, des auteurs, qui est essentielle à la création intellectuelle, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres¹³.

Il paraît dès lors réconfortant de constater que la Commission continue de partager ce souci. Elle le fait premièrement en s'engageant pour 2016 à examiner plus en avant la structure du marché numérique. S'il se confirme qu'il se pose un certain nombre de problèmes concernant une juste répartition de la valeur et une rémunération équitable des auteurs et des artistes, elle promet d'intervenir sur le marché. Deuxièmement, elle entend renforcer en 2016, après avoir reçu les résultats de la consultation qui s'y réfère, le cadre légal nécessaire au respect des droits de propriété intellectuelle.

¹³ Cour de justice 7 décembre 2006, C-306/05, SGAE/Rafael Hoteles, point 36; Cour de justice 16 juillet 2009, C-5/08, Infopaq/Danske Dagblades Forening, points 40-43; Cour de justice 22 décembre 2010, C-393/09, BSA/Ministerstvo kultury, point 54; Cour de Justice 16 juin 2011, C-462/09, Thuiskopie/Opus, point 32; Cour de Justice 4 octobre 2011, C-403/08 et C-429/08, Premier League, points 185-189; Cour de justice 7 mars 2013, C-607/11, ITV/TVCatchup, point 20; Cour de justice 11 juillet 2013, C-521/11, Amazon/Austro-Mechana, point 52; Cour de justice 23 janvier 2014, C-355/12, Nintendo/PC Box, point 27; Cour de justice 13 février 2014, C-466/12, Svensson/Retriever, point 17; Cour de justice 27 février 2014, C-351/12, OSA/ Léčebné lázně, point 23; Cour de justice 23 janvier 2014, C-355/12, Nintendo/PC Box, point 27; Cour de justice 22 janvier 2015, C-419/13, Allposters/Pictoright, point 47.