



L'avenir du droit d'auteur en Europe : Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information

Rapport pour la Commission de la culture, de la science
et de l'éducation-
Assemblée parlementaire, Conseil de l'Europe

par

Christophe Geiger

Directeur Général et Maître de conférences, Centre d'Études Internationales de la Propriété
Intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg

Strasbourg, Juillet 2009
(Révisé et mis à jour en Octobre 2009)

L'avenir du droit d'auteur en Europe : Vers un juste équilibre entre protection et accès à l'information

RAPPORT*

Christophe Geiger

Directeur Général et Maître de conférences, Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg

Ce rapport rédigé pour la Commission de la culture, de la science et de l'éducation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe vise à éclairer les travaux du Conseil dans le cadre de la préparation d'une recommandation sur l'avenir du droit d'auteur en Europe¹. Il prend appui sur les travaux de l'Assemblée parlementaire visant à étudier l'articulation entre deux droits présentés comme concurrents, le droit d'auteur et le droit d'accès à l'information et sur leur nécessaire prise en compte dans le nouvel environnement numérique². Ceci démontre clairement une volonté du Conseil de l'Europe d'analyser les enjeux dans un cadre élargi et de refuser une hiérarchisation entre des prérogatives différentes, ce qui n'est pas sans rappeler une approche en termes de droits fondamentaux à concilier.

Aujourd'hui « bousculé » par les nouvelles technologies, le droit d'auteur est dans la tourmente. De plus en plus fréquemment perçu au sein de l'opinion publique comme un frein à la diffusion universelle du savoir, le droit d'auteur semble aujourd'hui n'avoir d'autre option que d'intégrer l'accès à l'information afin de répondre pleinement aux enjeux posés par la société de la connaissance. On peut même estimer que c'est son aptitude à intégrer des logiques antagonistes mais complémentaires qui attestera de sa pérennité dans le futur et de sa capacité à s'adapter à un nouvel environnement économique, technologique et social. Or, le droit d'auteur a démontré dans le passé une remarquable faculté d'adaptation à des nouvelles

* Un schéma de ce rapport a été présenté et discuté le 28 avril 2009 lors de la réunion de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation au Conseil de l'Europe à Strasbourg.

¹ Un schéma de ce rapport a été présenté et discuté le 28 avril 2009 lors de la réunion de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation au Conseil de l'Europe à Strasbourg. La version finale a été remise en juillet 2009 et révisée ainsi que mise à jour en octobre 2009.

² V. notamment la proposition de résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le droit d'auteur en Europe du 24 avril 2007 (Doc. 11272), reproduit en annexe.

évolutions et il semble bénéficier des outils nécessaires pour qu'il en soit également ainsi à l'avenir, même si les bouleversements technologiques nécessitent probablement de repenser les mécanismes de sa mise en œuvre. Afin de parvenir à une nécessaire et souhaitable conciliation entre le droit d'auteur et le droit d'accès à l'information, il est dès lors nécessaire de raisonner non pas en termes d'opposition, mais en termes de complémentarité.

Dans cette optique, il convient dès lors dans un premier temps de revenir sur quelques principes fondamentaux du droit d'auteur et d'effectuer un bref rappel historique. Dans un second temps, il conviendra d'étudier la manière dont l'avènement de la société de l'information a modifié les équilibres en place, pour ensuite présenter brièvement les évolutions récentes du dispositif législatif en vigueur. Ceci nous amènera enfin à nous pencher sur les nécessaires adaptations de ce dispositif afin d'assurer un meilleur accès à l'information ainsi que sur certaines initiatives en cours ou en prévision visant à concilier les intérêts en présence.

1- Introduction : Le droit d'auteur comme résultat d'une balance entre intérêts divergents

Il convient de rappeler tout d'abord que, malgré sa dénomination, le droit d'auteur ne se présente pas uniquement comme un droit *des auteurs*, mais comme une réalité juridique bien plus complexe. En effet, depuis son origine, le droit d'auteur synthétise les prétentions des différents acteurs du processus de création et de réception des œuvres que sont l'auteur, le public et l'exploitant. Il revient impérativement à la législation sur le droit d'auteur d'arbitrer entre ces différents intérêts. S'il est vrai que selon les législations nationales, la place accordée à l'un ou l'autre de ces acteurs peut varier, la nécessité de trouver un juste équilibre entre les diverses prétentions ne fait aucun doute. Or cet équilibre n'est pas évident à établir, ceci d'autant plus que les intérêts des différents acteurs sont multiples et peuvent être opposés selon la situation en cause.

À titre d'exemple, un auteur aura un intérêt à participer aux fruits de son travail en touchant une rémunération pour l'exploitation de son œuvre. Dans sa phase créative cependant, l'auteur aura également intérêt à avoir accès aux œuvres existantes, afin de construire à partir de l'existant et de s'en servir à titre d'inspiration pour son propre travail. Ceci sera d'ailleurs particulièrement le cas lorsque l'auteur aura une prétention scientifique, dans la mesure où

l'accès à des œuvres préexistantes constituera la garantie du sérieux de son travail. Dans le même temps, un exploitant souhaitera pouvoir amortir ses investissements dans la production d'une œuvre. Néanmoins, lorsqu'il produira une œuvre qui intègre des éléments déjà protégés, il aura un intérêt à ce qu'on ne lui oppose pas excessivement des monopoles existants. Et enfin, le public voudra pouvoir accéder facilement, et à un coût acceptable, à des œuvres pour s'informer et se divertir. Mais, il aura également intérêt à ce qu'une rémunération puisse être versée aux créateurs afin que de nouvelles œuvres continuent à être créées et produites. Ces exemples illustrent la complexité des intérêts en cause et la nécessité d'avoir une approche équilibrée, intégrant aussi bien les impératifs de protection que les besoins en termes d'accès.

2- Un bref rappel : Accès à l'information et droit d'auteur, une convergence dans les fondements et dans les principes

Il n'est pas inutile de rappeler que l'accès à l'information et le droit d'auteur à l'origine convergent pleinement, tant dans les fondements que dans les principes. Il n'y avait donc pas d'opposition, mais au contraire une réelle complémentarité.

Le droit d'auteur prend racine dans les idées des Lumières. En effet, les philosophes du XVIII^e siècle ont plaidé pour la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle à l'auteur afin de lui garantir les fruits de son travail, dans le but supérieur d'assurer un développement culturel et social. La société ayant besoin de se renouveler, de se remettre en question, de se divertir, il fallait garantir aux créateurs une sphère de liberté leur permettant de créer sans devoir se compromettre vis-à-vis du pouvoir. La possibilité de monnayer l'autorisation de reproduire ou de représenter ses œuvres contre une rémunération était censée garantir à l'auteur une indépendance financière et intellectuelle. Au lieu de devoir flatter les puissants pour recevoir un salaire, l'auteur pouvait « s'émanciper » de ses mécènes, pour le plus grand bien de la collectivité, laquelle se trouvait enrichie par une création abondante et indépendante. On le voit, loin d'être un droit égoïste, le droit d'auteur a été conçu comme un droit imprégné d'une importante fonction sociale qui constituait, dans une large mesure, sa raison d'être. Depuis son origine, le droit d'auteur maintient donc des rapports étroits avec la liberté d'expression et son corollaire, le droit d'accès à l'information. Il est même possible de considérer que le droit d'auteur a, partiellement du moins, pour objectif de garantir l'accès à l'information.

Ce principe d'équilibre entre les différents intérêts en cause trouve son expression au sein du droit d'auteur. Celui-ci n'empêche pas en principe l'accès à l'information. Le droit exclusif est en effet soumis à un certain nombre de limites qui ont, à titre principal ou accessoire, pour objectif d'assurer un libre accès à l'information. Il s'agit en premier lieu de la distinction entre la forme et l'idée : le droit d'auteur appréhende la forme et non la substance de l'œuvre. Différents auteurs pourront donc écrire un livre sur le même sujet et utiliser pour cela les mêmes informations. Ce sera uniquement leur mise en forme concrète qui sera protégée et non pas le contenu. De plus, la forme ne sera protégée que si elle contient un certain degré de créativité, lorsqu'elle est originale. À titre d'exemple, une énumération d'évènements historiques dans un tableau aura certainement une forme, mais celle-ci n'aura probablement pas la nécessaire originalité pour être protégée. Ensuite, la forme n'est protégée que pour une certaine durée à l'issue de laquelle elle tombe dans le domaine public. En dernier lieu, les différentes lois sur le droit d'auteur énumèrent un certain nombre de cas où la forme peut être utilisée pour permettre un accès à l'information (il s'agit des exceptions et limitations, notamment à des fins d'enseignement et de recherche, au profit des bibliothèques, citation, revue de presse, compte rendu d'actualité, certaines copies privées lorsqu'elles ont un but d'information, etc.).

Cet équilibre sera cependant ébranlé par l'évolution technologique et ses conséquences juridiques et techniques.

3- Le bouleversement de l'équilibre du droit d'auteur par les nouvelles technologies : une nécessité de redéfinir les règles pour garantir la prise en compte des divers intérêts en cause

Les nouvelles technologies de l'information ont profondément bouleversé le droit d'auteur. En effet, les réseaux ont rendu l'utilisation des œuvres difficilement contrôlable. Le progrès des technologies a facilité la reproduction et la diffusion massive des créations, permettant que se mettent parfois en place de véritables économies parallèles basées sur la contrefaçon (phénomène qui est parfois appelé de manière impropre et peu juridique le « piratage »). D'autre part, certains usages non commerciaux tels que les échanges de fichiers numériques de « pair à pair » ont pris une ampleur telle qu'ils viennent concurrencer l'exploitation normale des œuvres et remettre en cause des modèles commerciaux établis.

Parallèlement, cette évolution a été accompagnée d'une pénétration des nouvelles technologies dans le corps social. La place qu'occupe Internet dans le quotidien du citoyen n'a en effet cessé de grandir, celui-ci s'en servant désormais pour se divertir, mais également pour s'informer, voire se former (la question de l'enseignement à distance et de l'accès au savoir par le biais de bibliothèque numérique prenant notamment une toute autre dimension avec les possibilités offertes par les réseaux). A côté de la reconnaissance des dangers que peuvent consister les nouvelles technologies pour la protection des droits d'auteur, s'est également répandue l'idée que celles-ci offrent la possibilité d'un accès large et simplifié à l'information et qu'elles pourraient jouer un rôle de premier plan dans le domaine de l'éducation, de la recherche et de la culture en général. Le Conseil de l'Europe y est particulièrement sensible, puisqu'on peut lire dans la déclaration politique des ministres des Etats participants à la première conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, tenue les 28 et 29 mai 2009 à Reykjavik, que « pour un nombre croissant de personnes, l'internet est un outil essentiel pour les activités quotidiennes (communication, information, savoir, transactions commerciales, loisirs), améliorant à terme la qualité de vie et le bien être. Les citoyens s'attendent donc à ce que les services internet soient accessibles, abordables, sécurisés, fiables et continus. Leur accès concerne aussi la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'exercice de la citoyenneté démocratique »³. Dans le même esprit, le Conseil constitutionnel français a récemment consacré un véritable « droit à l'internet » sur le fondement de la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme (ci après « Déclaration DH »), précisant « qu'en l'état actuel des moyens de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »⁴. On peut donc constater que la délicate balance entre protection et accès a été remise en cause et la « révolution numérique » a rendu nécessaire de réévaluer et d'adapter les équilibres qui sous-tendent la matière⁵.

³ 1^{re} Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication (Reykjavik, Islande, 29 mai 2009), MCM (2009)011, Déclaration politique, Paragraphe 5.

⁴ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *JO* du 13 juin 2009, p. 9675 (considérant 12). Le Conseil précise cependant que ce droit n'est pas absolu et doit être concilié avec d'autres droits et liberté de même rang tel que le droit d'auteur protégé par le droit de propriété, lequel est consacré par les articles 2 et 17 de la Déclaration DH (considérant 13).

⁵ V. également la résolution du Parlement européen du 10 avril 2008 sur les industries culturelles en Europe (2007/2153(INI)), invitant « la Commission à constater que, avec Internet, les modes d'usage classiques des produits et services culturels ont été bouleversés et qu'il est essentiel de veiller à un accès sans obstacles aux contenus culturels en ligne et à la diversité des expressions culturelles au-delà de l'unique logique industrielle et commerciale, en garantissant par ailleurs une juste rémunération de toutes les catégories de titulaires de droits » (n° 20).

À cette fin, de nombreuses initiatives ont été prises. Au niveau international tout d'abord, la première étape a été de renforcer les prérogatives des titulaires de droit, d'adapter les droits patrimoniaux à l'environnement numérique et d'assurer une protection juridique aux mesures techniques de protection des œuvres (v. les traités OMPI du 20 décembre 1996). En effet, face à la difficulté de faire respecter le droit d'auteur sur les réseaux, les titulaires de droit ont placé de grands espoirs dans les mesures techniques, lesquelles ont été à leur tour protégées contre le contournement. La solution a été reprise au niveau communautaire par une directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁶.

Ces efforts entrepris pour renforcer les droits exclusifs n'ont pas été accompagnés d'une véritable réflexion sur les exceptions et limitations au droit d'auteur. L'harmonisation communautaire dans le domaine des limitations et exceptions a en effet échoué, la directive du 22 mai 2001 se contentant de mettre en place une liste exhaustive et (à l'exception de l'une d'entre elles) facultative, dans laquelle les législateurs nationaux ont pu piocher celles qui leur convenaient, avec en plus la possibilité d'adopter des rédactions plus restrictives⁷. Par ailleurs, les systèmes mis en place pour garantir l'effectivité des limites au droit d'auteur face à des dispositifs techniques ont souvent été très compliqués, peu harmonisés et difficile à mettre en œuvre. En dernier lieu, la directive a prévu la possibilité de déroger aux exceptions et limitations par contrat dans un contexte « d'accès à la demande », permettant de remettre en cause le bénéfice effectif de celles-ci dans l'environnement numérique.

Or, les exceptions et limitations sont l'un des meilleurs outils dont disposent les législateurs nationaux et communautaires pour assurer cette fameuse « balance des intérêts » et surtout pour garantir la prise en compte des besoins collectifs au sein du dispositif. Certaines d'entre elles viennent consacrer au sein du dispositif le droit d'accès à l'information. De la sorte, leur

⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE* L 167 du 22.6.2001, p. 10.

⁷ La Commission convient elle-même dans un document de réflexion du 22 octobre 2009 que cette situation n'est pas satisfaisante (*Contenus créatifs dans un marché unique européen du numérique : les défis à relever*, Document de réflexion des DG INFSO et MARKT, octobre 2009, p. 15, disponible à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf): « Community rules on copyright have harmonised the scope and tenor of the exclusive rights without, however, providing clear boundaries for these rights by means of uniform exceptions. This is indeed a state of affairs that should not persist in a truly integrated market. The unclear contours of strong "exclusive rights" are neither beneficial for the internal market in knowledge products nor for the development in internet services. Further harmonisation of copyright laws in the EU, in particular relating to the different and optional limitations and exceptions, would create more certainty for consumers about what they can and cannot do with the content they legally acquire ».

manque d'effectivité, l'absence de leur harmonisation ainsi que leur remise en cause à travers les évolutions récentes du droit d'auteur ont pu être perçus comme établissant une législation « à sens unique », c'est-à-dire vers un renforcement des prérogatives des exploitants, sans que soient suffisamment pris en compte les intérêts des créateurs ainsi que ceux de la collectivité. De nombreuses voix dans les milieux académiques se sont d'ailleurs progressivement élevées pour souligner l'insuffisante prise en compte de la liberté d'expression et du droit du public à l'information dans les évolutions récentes des règles gouvernant la matière.

En réaction, la Commission européenne a adopté le 16 juillet 2008 un Livre Vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, afin de « susciter un débat sur les moyens d'assurer en ligne des connaissances dans le domaine de la recherche, de la science ou de l'enseignement. Il vise à énoncer un certain nombre de problèmes liés au rôle du droit d'auteur dans la 'société de la connaissance' et à lancer des consultations sur ces problèmes »⁸. Selon la Commission, ce sont les exceptions et limitations qui permettent d'assurer au sein du droit d'auteur une diffusion des connaissances et qui sont au cœur de l'équilibre qui devrait être recherché par la législation communautaire. Les premières conclusions de cette consultation ont d'ailleurs fait l'objet d'une communication de la Commission le 19 octobre 2009, dans laquelle celle-ci annonce la mise en place de travaux préparatoires à une éventuelle révision du cadre législatif communautaire⁹.

Mais la question des exceptions et limitations dans l'environnement numérique est désormais également discutée au niveau international, puisque l'Organisation Mondiale pour la Propriété Intellectuelle (OMPI) a finalement inscrit le sujet à l'ordre du jour du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) et entamé des discussions afin d'étudier diverses propositions de traité dans ce domaine. L'enjeu est donc désormais global. L'OMPI rappelle dans un premier temps que « les lois sur le droit d'auteur autorisent certaines limitations des droits patrimoniaux dans les cas où les œuvres protégées peuvent être utilisées sans l'autorisation du titulaire des droits et avec ou sans paiement d'une redevance (...) afin de

⁸ Livre Vert de la Commission des Communautés européennes, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Bruxelles, COM (2008) 466/3. Pour un commentaire v. notamment Ch. Geiger, F. Macrez, A. Bouvel, S. Carre, T. Hassler et J. Schmidt, Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse du CEIPI au Livre Vert sur 'le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance' (publié dans la revue : *Propri. intell.* 2009, n° 32, p. 231).

⁹ Communication de la Commission du 19 octobre 2009, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, COM (2009) 532 final, p. 12. Selon la Commission, il s'agit de mettre soigneusement en balance les intérêts en jeu et de garantir que « les jalons nécessaires sont posés pour des mesures de suivis appropriées, constituant un volet essentiel de la future stratégie globale en matière de droit de propriété intellectuelle ». Elle précise à cet effet qu'elle « restera activement engagée auprès de toutes les parties prenantes et notamment de la communauté scientifique, les bibliothèques et le public des internautes au sens large ».

maintenir un équilibre approprié entre les intérêts des titulaires de droits et ceux des utilisateurs d'œuvres protégées » (nous soulignons). Puis, dans un second temps, l'organisation admet qu' « avec l'arrivée des technologies nouvelles et l'utilisation croissante de l'Internet à l'échelle mondiale, il a été jugé nécessaire de *revoir l'équilibre* entre les intérêts de diverses parties prenantes » (nous soulignons)¹⁰. Lors d'une réunion qui s'est tenue fin mai 2009, les discussions se sont concentrées sur la proposition de traité sur les exceptions au droit d'auteur en faveur des déficients visuels. Les discussions se poursuivront cependant dans un cadre plus large. En effet, on peut lire dans les conclusions du Président du Comité permanent que « le comité a confirmé à nouveau sa volonté de travailler sur les questions en suspens des limitations et exceptions (...), en tenant compte des préoccupations liées à l'environnement et de la nécessité de trouver rapidement des solutions pratiques axées sur les résultats. De même, le comité a réaffirmé sa volonté de poursuivre sans retard ses travaux selon une approche globale et non exclusive, notamment sur les questions complexes qui ont une incidence sur l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes souffrant d'un handicap de lecture aux œuvres protégées »¹¹. L'Organisation internationale prévoit par ailleurs d'élaborer un questionnaire qui portera « notamment sur les limitations et exceptions en faveur des activités éducatives, des bibliothèques et des services d'archives, sur les dispositions relatives aux personnes handicapées ainsi que sur les incidences des techniques numériques dans le domaine du droit d'auteur, notamment en ce qui concerne les limitations et exceptions à caractère social, culturel et religieux »¹² et de maintenir la question à l'ordre du jour des prochaines réunions.

4- L'évaluation et l'adaptation du cadre légal existant : Le rôle primordial des limitations et exceptions au droit d'auteur et les possibilités de la gestion collective obligatoire

Il semble impératif de garantir au sein du droit d'auteur un juste équilibre entre les différents intérêts concernés. Evidemment, il ne convient pas ici de décrire en détail quelle pourrait être l'architecture du droit d'auteur de demain, ce qui dépasserait largement le cadre de ce rapport. Les questions à résoudre sont extrêmement compliquées et les réponses à apporter sont encore à l'étude. Elles dépendront d'ailleurs fortement des évolutions techniques et sociales à venir,

¹⁰ <http://www.wipo.int/copyright/fr/limitations/index.html>.

¹¹ Conclusions de la 18^e session du comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, SCCR/18/CONCLUSIONS, 29 mai 2009, Paragraphe 1.

¹² *Ibid.*, Par. 6.

ainsi que de la capacité des titulaires de droit et des différents acteurs concernés de mettre en place des systèmes permettant un accès effectif et proportionné à l'information et au savoir contenu dans les œuvres. Nous tenterons cependant d'esquisser ci-après quelques éléments qui pourraient servir de base à une adaptation législative, tant au niveau national que supra-national.

Dans cette optique, le Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance identifie opportunément un certain nombre d'exceptions et limitations ayant une incidence particulière sur la diffusion des connaissances et propose d'engager une réflexion sur l'opportunité de les faire évoluer à l'ère de la diffusion numérique. De plus, il semble nécessaire de réfléchir à la manière de garantir une adaptabilité du dispositif d'exceptions et limitations à de nouvelles circonstances techniques et sociales et à l'opportunité d'introduire plus de flexibilité dans le système en place. Ensuite, il faut s'interroger sur les moyens de garantir un bénéfice effectif de ces limites face à des dispositifs contractuels et des mesures techniques. Enfin, il est impératif de veiller à ce qu'une juste et équitable rémunération puisse être versée aux titulaires de droit. Permettre l'accès à l'information ne signifie en aucun cas que cet accès soit gratuit.

Proposer une réflexion sur l'évolution du dispositif d'exceptions et limitations au droit d'auteur nécessite de clairement faire la différence entre celles permettant l'accès à l'information et les autres¹³. Toutes les exceptions et limitations n'ont en effet pas la même justification et importance pour le développement de la société de l'information. Parmi les limites qui méritent d'être considérées particulièrement, il est possible d'identifier les exceptions au bénéfice des bibliothèques et des archives, les exceptions à des fins d'enseignement et de recherche, l'exception permettant les compte rendu d'actualité, les revues de presse, l'exception de citation, plus accessoirement les exceptions au bénéfice des personnes affectées d'un handicap, ainsi que la copie privée lorsqu'elle permet l'accès à l'information et qu'elle n'est pas déjà couverte par une des exceptions déjà mentionnée. Le

¹³ Cette approche différenciée semble également être récemment favorisée également par la Commission dans son document de réflexion du 22 octobre 2009 (*préc.* note 7, p. 15) : « In general, a rather more nuanced approach to exceptions and limitations might be in order in the medium term. There are 'public interest' exceptions for research and teaching or for access to works in favour of persons with a disability on the one hand, and there are the 'consumer' exceptions, such as private copying, on the other hand (...) Future policy should make a clear distinction and proposals should clearly state which exceptions should be harmonised and made mandatory in scope as a matter of priority and the precise goals pursued in doing so ».

Livre vert propose encore de réfléchir à l'opportunité de mettre en place une exception d'utilisation à des fins créatives¹⁴.

Ces utilisations légitimes au regard d'un accès effectif à l'information doivent être distinguées d'autres usages ayant des fins avant tout consomptives. Un utilisateur qui télécharge sur internet le dernier hit de Britney Spears ne cherche en général pas à s'informer, mais veut simplement écouter gratuitement la musique sans avoir à acheter le CD. Admettre le contraire, comme cela a pu être soutenu, serait clairement une utilisation abusive du droit à l'information et discréditerait l'argument. Il s'agit d'intégrer cette dimension dans la réflexion sur l'avenir de l'exception de copie privée (dont le téléchargement d'une œuvre provenant d'une source illicite pourrait être explicitement exclu)¹⁵ et de proposer un cadre juridique harmonisé pour régler la question des échanges de fichiers sur internet. Cela n'implique pas nécessairement une solution répressive¹⁶. L'idée d'une « réponse graduée » en terme de sanctions, telles qu'envisagée dans un premier temps en France par le projet ayant conduit à l'adoption de la loi du 1^{er} août 2006¹⁷, n'était pas intéressante sur le principe, même si elle nécessitait probablement encore des réflexions sur sa mise en œuvre et sur sa cohérence par rapport au reste du dispositif législatif¹⁸. D'un autre côté, on ne saurait non plus, au motif de vouloir éviter une « criminalisation » des internautes, restreindre excessivement certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression et de communication, le droit à la vie

¹⁴ V. également dans cet esprit le document de réflexion de la Commission (*préc.* note 7, p. 15, note 46), selon lequel « serious considerations should be given to measures facilitating non commercial re-use of copyrighted content for artistic purposes ».

¹⁵ En tout état de cause, et afin de compenser le préjudice économique subi par les titulaires de droits du fait de la copie privée numérique, il semble nécessaire de revoir et d'harmoniser à la hausse les montants perçus au titre de l'exception de copie privée, en incluant notamment dans les supports tels que les disques durs des ordinateurs ou autres matériels de stockage de données numériques permettant de réaliser des copies.

¹⁶ Dans cet esprit, v. la décision particulièrement sévère du tribunal de première instance de Stockholm du 17 avril 2009 (Stockholms Tingsrätt, 17 avr. 2009, Aff. n° B 13301-06) concernant la plateforme d'échange de fichiers suédoise « The Pirate Bay », dont quatre représentants ont été condamnés à une année de prison ainsi qu'à 2,7 millions d'euros de dommages et intérêts pour complicité de contrefaçon, ayant fourni les moyens du délit principal (téléchargement illégal). Cette décision fait cependant l'objet d'un recours et il convient d'attendre si la solution sera confirmée en appel.

¹⁷ Loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JO* du 3 août 2006, p. 11529.

¹⁸ La reproduction non autorisée et la communication au public d'une œuvre à des fins personnelles au moyen d'un logiciel de « pair à pair » était qualifiée de contravention et non plus de délit (ce que constitue la contrefaçon), ce qui constituait ainsi une sanction pénale alléguée. Cette disposition ne figure pas dans le texte final de la loi car elle a été censurée par le Conseil constitutionnel français (Cons. const., n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, *JO* du 3 août 2006 p. 11541), estimant que « les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition concernée » par rapport à l'atteinte portée au droit d'auteur et aux droits voisins par d'autres moyens, et que dès lors elle était « contraire au principe de l'égalité devant la loi pénale » (considérant 65).

privée et aux données personnelles, lesquels doivent également être pris en compte¹⁹. C'est ce qu'à clairement affirmé le Conseil constitutionnel français dans sa récente décision concernant la loi « favorisant la diffusion et la création sur Internet »²⁰, laquelle prévoyait la coupure d'un accès internet par une autorité administrative (la « Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet », dite « HADOPI ») en cas de téléchargement illégal sur les réseaux. Le Conseil estime qu'une telle atteinte à la liberté de communication doit être strictement encadrée et qu'elle est excessive si elle émane d'une autorité administrative et non du pouvoir judiciaire²¹. La piste explorée par le législateur français était donc en dehors du champ des exceptions et limitations au droit d'auteur. Mais si c'est cette dernière piste qui à l'avenir devait être privilégiée, il faudra alors distinguer clairement les exceptions et limitations qui sont impératives pour un développement de la société de la connaissance de certaines autres qui ne le sont pas.

L'autre possibilité qu'il convient d'explorer également dans la perspective d'une facilitation de l'accès à certaines œuvres est moins radicale que la limitation et l'exception au droit d'auteur car elle ne concerne que l'exercice du droit exclusif et non pas son existence : la gestion collective obligatoire. Dans ce cas de figure, l'accès peut être garanti du fait que l'utilisateur sait qu'il pourra obtenir les autorisations nécessaires auprès d'un seul et même interlocuteur, une société de gestion collective. Certaines directives communautaires autorisent parfois, voire imposent, le recours à la gestion collective obligatoire. C'est notamment le cas de la directive du 27 septembre 1993 en ce qui concerne la retransmission

¹⁹ V. également la Résolution du Parlement européen du 10 avril 2008 (*préc.* note 5), engageant « la Commission et les États membres à reconnaître qu'Internet est une vaste plate-forme pour l'expression culturelle, l'accès à la connaissance et la participation démocratique à la créativité européenne, créant des ponts entre générations dans la société de l'information, et, par conséquent, à éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, *telles que l'interruption de l'accès à Internet* » (nous soulignons), ainsi que l'amendement 138 au « Paquet Télécom » (Proposition de directive modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux et services de communications électroniques ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, COM (2007), 697) adopté par le Parlement Européen le 6 mai 2009, faisant obligation aux États membres de passer par un ordre préalable de l'autorité judiciaire avant toute suspension de l'accès à Internet.

²⁰ La loi a été promulguée le 12 juin 2009 après censure de certaines dispositions par le Conseil (Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la création sur Internet : *JO* 13 juin 2009, p. 9666).

²¹ Suite à cette décision, une deuxième loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dit « Hadopi 2 ») a été adoptée puis promulguée après validation quasi-totale du Conseil constitutionnel français (Cons. Const., n° 2009-590 DC, 22 oct. 2009, *JO* 29 oct. 2009, p. 18292) le 28 octobre 2009 (loi n° 2009-1311, *JO* du 29 oct. 2009, p. 1829). Cette loi prévoit désormais une procédure simplifiée de saisie du juge pour décider d'une coupure d'accès à Internet (par voie d'ordonnance légale).

par câble²², mais également la directive du 19 novembre 1992 qui permet d'imposer une gestion collective du droit de location²³, tout comme la directive du 27 septembre 2001 le fait pour le droit de suite²⁴. En France, le droit de reproduction par reprographie fait également l'objet d'une gestion collective obligatoire (article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle). Dans ce cas, c'est le droit exclusif qui est mis en œuvre, ce qui donne à la société de gestion une plus grande force de négociation. Il convient dès lors d'étudier de près cette possibilité. Elle a d'ailleurs été envisagée explicitement en France pour le cas des œuvres orphelines dans un rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) sur la question²⁵ et a été également étudiée comme un moyen de « légaliser » les échanges de pair à pair sur internet à travers la soumission de l'acte de l'« upload » d'un fichier (acte soumis à l'autorisation du titulaire de droit) à un système de gestion collective obligatoire²⁶.

5- Les initiatives contractuelles et les autres possibilités d'accès en discussion

Toute initiative en matière de révision du cadre légal existant visant à garantir un meilleur accès aux œuvres et aux informations qu'elles contiennent, notamment à des fins d'enseignement et de recherche, doit évidemment prendre en compte les arrangements contractuels en cours entre les acteurs concernés. Une régulation n'a en effet pas lieu d'être si les parties arrivent à s'entendre pour mettre en place des moyens d'accès satisfaisant. Il faut donc être particulièrement attentif aux initiatives en cours de même qu'aux licences-types mises en place de manière concertée, permettant aux citoyens d'avoir accès à l'information dans des conditions acceptables. Ces accords doivent cependant être également étudiés de très près quant à leur effectivité, l'existence de dispositifs permettant l'accès à la demande ne signifiant pas nécessairement que cet accès soit possible dans des conditions satisfaisantes. Il faut dès lors vérifier que le prix du service proposé ne soit pas disproportionné, ni les

²² Directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *JOCE* L 248 du 6 oct. 1993, p. 15 ; article 9.1.

²³ Directive 92/100/CEE du Conseil du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *JOCE* L 346 du 27 nov. 1992, p. 61 ; article 4.

²⁴ Directive 2001/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 septembre 2001 relative au droit de suite au profit de l'auteur d'une œuvre d'art originale, *JOCE* L 272 du 13 oct. 2001, p. 32 ; article 6. 2.

²⁵ V. le rapport du CSPLA du 19 mars 2008 concernant les œuvres orphelines, <http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>. Au Danemark, c'est une sorte système de gestion collective étendue qui a été retenu en 2008 (Art. 50 (2) de la loi danoise sur le droit d'auteur).

²⁶ V. notamment C. Bernault et A. Lebois, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique*, Etude ss. la dir. d' A. Lucas, Nantes, juin 2005.

conditions d'accès trop contraignantes. Outre les arrangements entre les acteurs concernés, il s'agit d'observer les pratiques qui se mettent en place dans la communauté scientifique, notamment la mise à disposition en ligne d'œuvres sous format dits « ouvert », utilisant des mécanismes de licences libres de type « *creatives commons* » ou autres.

Dans cette perspective, il faut faire état d'un certain nombre d'initiatives. Il ne s'agit pas ici d'en faire un inventaire, mais juste d'en évoquer quelques unes à titre d'illustration. En matière de numérisation des œuvres orphelines (œuvres qui sont encore couvertes par le droit d'auteur mais dont les propriétaires ne peuvent être identifiés ou localisés), la mise en place du projet européen « *ARROW* » (Accessible Registry of Rights and Orphan Works in Europe) vise à développer une base de données facilitant la recherche des ayants droit²⁷. Une initiative légale à l'échelle européenne permettant la numérisation des œuvres orphelines peut dès lors paraître prématurée²⁸. De plus, la Commission européenne a mis en place un Groupe d'experts de haut niveau sur les bibliothèques numériques (groupe reconduit par une décision de la Commission du 25 mars 2009²⁹), réunissant les principaux acteurs concernés et visant à promouvoir des mécanismes élaborés sur une base volontaire. Il convient d'étudier l'effectivité des solutions élaborées (ou qui seront élaborées) dans ce cadre. Par ailleurs, il existe en Europe le projet de bibliothèque numérique européenne « *Europeana* » visant à numériser un grand nombre d'œuvres du domaine public et d'œuvres protégées, en accord avec les titulaires de droit³⁰.

Enfin, il faut évoquer l'accord signé en octobre 2008 par Google avec un certain nombre d'éditeurs américains de l'Association of American Publishers, visant à permettre la numérisation intégrale de nombreuses œuvres (notamment les œuvres orphelines et épuisées) par Google afin de les rendre accessible en ligne, en tout ou en partie³¹. Cet accord très compliqué concerne cependant uniquement les Etats-Unis et aurait du encore être examiné par un Tribunal américain (United States District Court for the Southern District of New York) le 7 octobre 2009, mais la date été repoussée d'un commun accord entre les parties après que le

²⁷ [Http://www.arrow-net.eu/](http://www.arrow-net.eu/)

²⁸ La Commission européenne a décidé récemment que les œuvres orphelines feront l'objet d'une analyse d'impact, qui « explorera divers moyens de faciliter leur numérisation et leur diffusion. Un acte autonome, juridiquement contraignant, sur l'octroi des droits et sur la reconnaissance mutuelle des œuvres orphelines, une exception aux dispositions de la directive 2001/29/CE ou des lignes directrices sur la reconnaissance mutuelle transfrontalière des œuvres orphelines figurent parmi les options possibles » (Communication de la Commission du 19 octobre 2009, *préc.* note 9, p. 7).

²⁹ Décision de la Commission du 25 mars 2009 instituant un groupe d'experts à haut niveau sur les bibliothèques numériques (2009/301/CE), *JOUE* L 82 du 28.3.2009, p. 9.

³⁰ [Http://www.europeana.eu/](http://www.europeana.eu/)

³¹ [Http://www.googlebooksettlement.com/](http://www.googlebooksettlement.com/)

département de la justice américain ait émis certaines réserves quant à la validité juridique l'accord³². Il semble inapplicable par ailleurs en Europe du fait que nombreux points de l'accord contreviennent à la législation en vigueur dans de nombreux pays européens, notamment aux dispositions en matière de droit contractuel d'auteur³³. L'accord permet également à un certain nombre d'auteurs et de titulaires de droit aux Etats-Unis de se retirer rétroactivement s'ils le souhaitent (à travers une clause dites d' « opt out »).

Il convient dès lors d'étudier ces évolutions attentivement. Si les utilisateurs peuvent certainement voir leurs possibilités d'accès et de recherche augmentées par une telle numérisation et mise en ligne d'archives de bibliothèque, un tel accord n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes, notamment en matière de droit de la concurrence, dans la mesure où un seul moteur de recherche (acteur privé) détiendra l'ensemble des sources numériques des bibliothèques et archives (acteurs majoritairement publics). Comme cela a été justement souligné par le Professeur Annette Kur, Présidente de l'ATRIP, lors d'une audition de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation du Conseil de l'Europe concernant la proposition de résolution ici étudiée, « le marché des biens et services d'information risque de connaître de graves distorsions de concurrence susceptibles de conduire à des abus de positions dominantes, et en particulier à des prix excessifs, si certains moteurs de recherche devenaient les uniques bases de données-sources des catalogues des bibliothèques et/ou d'autres sources d'information et de connaissance. C'est pourquoi les évolutions en ce domaine doivent faire l'objet d'un contrôle étroit, en particulier des services de la concurrence »³⁴. Une telle position dominante pourrait entraîner des risques d'abus et il convient de rester vigilant³⁵.

³² V. le Statement of interest of the United States of America regarding the proposed class settlement, US Department of Justice, 18 sept. 2009, Case 1:05-cv-08136-DC, Document 720. V. également la prise de position de Marybeth Peters, Register of Copyrights, *Competition and Commerce in Digital Books: The Proposed Google Book Settlement*, Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, 111th Congress 1st Session, September 10, 2009 (<http://www.copyright.gov>).

³³ Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y aura aucun impact en Europe, puisqu'en effet les titulaires de droit européens sont concernés à partir du moment où ils ont un droit d'auteur sur les œuvres numérisées par Google pour être rendues accessibles aux États-Unis.

³⁴ Présentation d'Annette Kur, Présidente de l'ATRIP (International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property), Audition sur le droit d'auteur en Europe, Assemblée parlementaire – Conseil de l'Europe, Commission de la culture, de la science et de l'éducation, Paris, 9 déc. 2008, As/Cult (2009) 05, 15 janvier 2009 (également disponible sur www.atrip.org).

³⁵ V. en ce sens également la note d'information sur l'accord « Google books » transmise au Conseil de l'Union européenne par la délégation de l'Allemagne le 20 mai 2009, 10221/09 AUDIO 23 CULT 44 PI 47 : « The German delegation would like to raise Member States' awareness of the risks associated with this activity and draw their attention to the fact that Google's actions (...) could have an impact on the concentration of media ownership and on cultural diversity in general, and especially in the European Union (...) The Commission is requested to take the matter up and examine the Google Books project as well as the impact of the settlement

6- Conclusions et recommandations

Réfléchir à l'avenir du droit d'auteur en Europe revient donc à insister sur la nécessité de trouver un juste équilibre entre protection et accès à l'information. Lors de la première conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication à Reykjavik (Islande) le 28 et 29 mai 2009, les représentants des gouvernements ont d'ailleurs clairement reconnu cet objectif, puisqu'ils ont dans le texte de leurs résolutions, après avoir réaffirmé « l'importance de protéger le droit d'auteur », également souligné « la nécessité d'explorer plus avant, en étroite coopération avec les parties concernées, les questions relatives à l'utilisation de matériels protégés par le droit d'auteur ou à l'exploitation par les services apparentés aux médias de contenus créés par les utilisateurs, en vue de protéger et de promouvoir la liberté d'expression et d'information »³⁶.

Afin d'assurer cet équilibre, il est possible de proposer quelques recommandations :

- Accompagner et encourager les initiatives contractuelles visant à permettre un meilleur accès aux œuvres et aux informations qu'elles contiennent, notamment dans les domaines de l'enseignement et la recherche. Vérifier leur effectivité et leur mise en œuvre par des études empiriques.
- Faciliter et encourager le développement d'une véritable offre d'information fonctionnant sur le modèle « ouvert ».
- Garantir le versement d'une juste et équitable rémunération aux titulaires de droit pour l'accès aux œuvres protégées. Permettre l'accès à l'information ne signifie en aucun cas que cet accès doive être gratuit. Il y a des coûts de production des œuvres et de contrôle de qualité de l'information qui doivent être amortis.
- Proposer un cadre juridique harmonisé pour les rémunérations dues au titre de certaines exceptions au droit d'auteur, notamment au titre de l'exception de copie privée. Revoir à la

sought in the USA from the point of view of copyright law, law on restrictive practices and cultural policy and, where appropriate, to introduce new measures to protect right holders ».

³⁶ 1^{re} Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication (Reykjavik, Islande, 29 mai 2009), MCM (2009)011, Résolutions.

hausse le montant de ces rémunérations, en incluant notamment dans le champ de la redevance les supports tels que les disques durs des ordinateurs ou autres matériels de stockage de données numériques permettant de réaliser des copies.

- Lancer une véritable réflexion de fond sur le système des exceptions et limitations en ouvrant un débat public transparent, permettant à chaque groupe intéressé de faire valoir son point de vue.

- Identifier les exceptions et limitations impératives pour la liberté d'expression et d'information dans une société démocratique et garantir leur pleine effectivité. A l'opposé, identifier les exceptions et limitations qui ne participe qu'accessoirement à cet objectif et proposer une approche différenciée.

- Réfléchir à la mise en place d'un cadre juridique approprié pour encadrer la question des échanges de fichiers sur Internet, en veillant à ce que les solutions retenues ne restreignent pas certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression et de communication, le droit à la vie privée et à la protection des données personnelles.

- Explorer la mise en place de systèmes de gestion collective obligatoire, notamment lorsque la mise en œuvre du droit exclusif est très difficile et peut avoir des conséquences néfastes en matière d'accès à l'information (p.ex. le cas pour les œuvres orphelines ou épuisées).

- Lancer une grande étude prospective sur le droit d'auteur dans l'environnement numérique et une réflexion sur les modifications nécessaires en vue de garantir un dispositif légal flexible, permettant au droit d'auteur de s'adapter plus facilement à des changements techniques, économiques et sociaux.

- Faciliter les travaux interdisciplinaires sur le droit d'auteur et proposer un cadre à leur réalisation. Le droit d'auteur, véritable enjeu de société, ne concerne pas uniquement la science juridique, mais doit être étudié également sous l'angle économique, philosophique, sociologique, historique voire psychologique. Les questions liées aux droits fondamentaux méritent une attention particulière.

Ces propositions ne sont évidemment qu'indicatives et de nombreuses autres pistes sont encore à creuser. Ce n'est qu'à ce prix que le droit d'auteur pourra surmonter la crise de légitimité qu'il traverse aujourd'hui.

ANNEXE

Doc. 11272

24 avril 2007

Le droit d'auteur en Europe

Proposition de résolution

présentée par M. Bodewig et plusieurs de ses collègues

La présente proposition n'a pas été examinée par l'Assemblée et n'engage que ses signataires

1. Le droit d'accès aux informations et la mise en œuvre du droit d'auteur jouent un rôle toujours plus grand dans la société de l'information et soulèvent des questions et des problèmes toujours plus nombreux, surtout dans le domaine des communications électroniques.
2. Lorsqu'en 2004 le moteur de recherche Google a annoncé son intention de créer une bibliothèque électronique en numérisant le contenu de bibliothèques, beaucoup d'éditeurs et de patrons de presse, mais aussi les citoyens en tant qu'utilisateurs des informations illimitées et gratuites, ont craint que la numérisation des œuvres porte atteinte au droit d'auteur et que l'accès aux informations soit entravé. Il y a eu de vives réactions dans toute l'Europe et les personnes concernées ont cherché à défendre leurs intérêts. Des bibliothèques et des entreprises se sont décidées, après bien des tractations, à négocier avec Google les conditions de la diffusion de certains documents, et sont parvenues à des accords. Elles ont notamment obtenu de recevoir une compensation financière ou de pouvoir contrôler elles-mêmes les articles mis en ligne. L'on peut s'attendre à ce que d'autres moteurs de recherche et d'autres spécialistes du traitement de l'information suivent maintenant ces exemples. Il est aussi à prévoir que le phénomène s'étende aux médias audiovisuels.
3. La commercialisation de l'accès aux informations et de leur diffusion a donc des répercussions considérables.
4. Chacun doit conserver le droit d'accéder librement aux informations. Ce droit englobe l'accès des citoyens aux bibliothèques numériques, y compris aux documents audiovisuels,

secteur dans lequel les grandes entreprises privées ne sont pas encore autorisées à commercialiser des contenus et des informations en accès libre ni à limiter l'accès. Parallèlement, il faut continuer à garantir la protection des droits d'auteur.

5. Le Conseil de l'Europe est invité à garantir, dans ce domaine aussi, le droit d'autodétermination en matière d'information et à déterminer quelles évolutions sont à prévoir et s'il est nécessaire d'élaborer des normes à l'échelle européenne, afin que l'accès gratuit et illimité aux informations numériques et audiovisuelles reste garanti dans l'avenir.

Signé (voir au verso)

Signé³⁷:

BODEWIG Kurt, Allemagne, SOC
AGER Hans, Autriche, PPE/DC
ATEŞ Abdülkadir, Turquie, SOC
BARNETT Doris, Allemagne, SOC
BJØRNSTAD Vidar, Norvège, SOC
DZEMBRITZKI Detlef, Allemagne, SOC
GACEK Urszula, Pologne, PPE/DC
GRAF Angelika, Allemagne, SOC
GRIGNON Francis, France, PPE/DC
JAZŁOWIECKA Danuta, Pologne, PPE/DC
MALINS, Humfrey, Royaume-Uni, GDE
MELČÁK, Miloš, République tchèque, SOC
RUPPRECHT, Marlene, Allemagne, SOC
SCHREINER, Bernard, France, PPE/DC
STAPONKIENĖ, Aldona, Lituanie, GDE
STRÄSSER, Christoph, Allemagne, SOC
WALTER, Robert, Royaume-Uni, GDE
WODARG, Wolfgang, Allemagne, SOC

³⁷ SOC: Groupe socialiste
PPE/DC: Groupe du Parti populaire européen
ADLE: Alliance des démocrates et des libéraux pour l'Europe
GDE: Groupe des démocrates européens
GUE: Groupe pour la gauche unitaire européenne
NI: non inscrit dans un groupe