

Rapport de la mission conduite par M. le Professeur Pierre Sirinelli sur la révision de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : commentaires de l'ADBU

Le rapport de M. le Professeur Sirinelli sur la révision de la directive 2001/29/CE opère dès sa première partie un lien organique entre la révision de cette directive et celle de la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Les raisons avancées en sont le rapport explicite opéré par le législateur européen entre les deux directives, et l'inadaptation du texte de 2000 aux mutations de l'économie numérique depuis cette date.

Si l'ADBU rejoint la conclusion de M. Sirinelli, et d'autres rapports citées ou pas par ce dernier, sur la nécessité de revoir les termes de la directive 2000/31/CE, il lui apparaît :

- que les objectifs de lutte contre la contrefaçon avancés par la mission pour argumenter la création d'un nouveau statut du « plateformeur » dans le cadre de la directive 2000/31/CE ne sauraient être atteints par cette voie, laquelle créerait inmanquablement par ailleurs des effets nocifs ou risquerait d'entraîner des conséquences juridiques tout à fait néfastes ;
- que le lien entre les textes de 2000 et de 2001, précisément du fait de l'évolution de l'économie numérique, se soit relâché ;
- qu'il y a en outre à réviser plus nettement que ne le propose le rapport certains aspects de la directive de 2001, du fait de la nécessité, que curieusement le travail de la mission omet d'évoquer, d'une harmonisation des conditions d'exercice des activités pédagogiques, scientifiques et culturelles à but non lucratif des différents pays membres.

1. Nécessité de réviser la directive 2000/31/CE et lien avec la directive 2001/29/CE

L'ADBU rejoint la conclusion de la mission sur la nécessité de réviser les dispositions de la directive 2000/31/CE. Toutefois, elle ne souscrit pas aux motivations et objectifs principaux avancés pour cette révision :

- la mission cite ainsi le rapport d'information sur la lutte contre la contrefaçon (<http://www.senat.fr/rap/r10-296/r10-2961.pdf>) des sénateurs Béteille et Young. Or l'ADBU ne croit pas qu'une révision de la directive 2000/31/CE puisse répondre plus efficacement que les dispositifs actuels, dont chacun connaît les limites, aux légitimes revendications des ayants droit ; il est même à craindre des effets néfastes, voire délétères ou contreproductifs, de la création directe ou indirecte d'obligations nouvelles visant à faire prendre en charge par les « plateformeurs » la lutte contre la contrefaçon en ligne : effets sur la liberté d'expression, ainsi que l'illustre l'actualité récente de la plateforme You Tube, par souci excessif des opérateurs de sécuriser juridiquement leur activité ; remise en cause de l'exception pour copie accessoire ou transitoire de la directive de 2001, ou de la neutralité de l'hyperlien, tel que suggéré p. 60 du rapport de la mission

conduite par le Professeur Sirinelli, dans l'exposé de la proposition 15 des sociétés de gestion collective d'auteurs et d'artistes interprètes. Le problème, réel, de la contrefaçon, et les moyens de s'y affronter, devraient faire l'objet d'une réflexion plus aboutie, tenant compte de la spécificité à la fois technique et économique du nouveau média que constitue le Web ;

- la mission cite également le rapport du Conseil d'Etat sur le numérique et les droits fondamentaux : sur le plan des données personnelles, l'ADBU estime elle aussi qu'une révision de la directive 2000/31/CE serait à même de réguler efficacement la situation actuelle ;
- enfin la mission omet de renvoyer au rapport pourtant très informé du Conseil national du numérique sur la neutralité des plateformes, qui inclut une analyse fort pertinente de la nouvelle économie, analyse riche d'enseignement pour élaborer une révision adaptée de la directive 2000/31/CE.

Dans la droite ligne de cette analyse, l'ADBU procède en effet au même constat d'une inadaptation croissante des dispositions de la directive 2000/31/CE avec la réalité des évolutions de l'économie numérique : un certain nombre d'acteurs majeurs du Web ont en effet développé depuis 2000 un modèle commercial innovant, caractéristique de la nouvelle économie, reposant sur l'exploitation des trois faces d'un même marché intégré¹. L'économie des médias traditionnels avait introduit le modèle du marché biface (par exemple, pour une chaîne de télévision privée, fourniture gratuite de programmes générateurs d'une audience valorisée sur l'autre face du marché auprès d'annonceurs publicitaires). L'économie numérique présente désormais la particularité d'exploiter très efficacement la possibilité offerte par le secteur de construire des marchés structurés selon trois faces intégrées :

- sur la première face, un premier type de client livre gratuitement des données à l'opérateur et reçoit en retour tout aussi gratuitement un service : cet échange est générateur d'une audience monétisable (ex : activité de moteur de recherche de Google) ;
- sur la deuxième face du marché, comme dans les médias plus traditionnels, cette audience est valorisée auprès d'annonceurs publicitaires, sous des formes plus ou moins innovantes (depuis la location d'espaces publicitaires numériques jusqu'à la vente de mots-clés selon les cours d'une véritable place de cotation. Là encore, Google fournit une illustration exemplaire) ;
- sur la troisième face du marché, un partenaire ou une filiale de l'opérateur valorise l'audience générée et/ou les données collectées pour vendre des services applicatifs aux entreprises, services parfois systématiquement « poussés » vers l'audience de la première face du marché : toutes les acquisitions d'entreprises opérées par Google ont eu pour objet de développer cette troisième face.

Les opérateurs qui tels Google exploitent ces marchés trifaces inédits bénéficient aujourd'hui des dispositions très favorables s'appliquant aux hébergeurs, telles que définies par la directive 2000/31/CE : ce statut leur permet de réaliser une captation abusive de la chaîne de la valeur, face à laquelle **un consensus semble aujourd'hui s'imposer sur la nécessité de réglementer, en distinguant désormais un statut de « plateforme » (ou d' « éditeur de services en ligne », pour reprendre les termes du rapport des sénateurs Béteille et Young) des statuts d'éditeur et d'hébergeur proprement dits. L'ADBU souscrit pleinement à cette idée, mais met en garde contre la tentation d'user de ces nouvelles dispositions pour combattre la contrefaçon sur l'Internet : la voie lui semble aussi inadaptée que l'objectif légitime.**

Pour les mêmes raisons, il semble à l'ADBU que le lien établi à l'origine par le législateur entre les directives 2001/29/CE et 2000/31/CE se soit distendu : les marchés fondés sur l'exploitation du monopole légal de la propriété intellectuelle constituent des marchés monofaces très éloignés des modèles de la nouvelle économie. S'il peut être tentant pour les ayants droit de considérer que les deux directives de 2000 et 2001 constituent, à l'égard de leurs intérêts, des menaces parallèles, il convient en fait de distinguer radicalement ce qui se joue à travers les régulations introduites (ou à introduire à la faveur d'une révision) dans les deux textes :

¹ Pour un détail de cette analyse, voir le rapport du Conseil national du numérique sur la neutralité des plateformes, p. 69 à 90.

- dans un cas, il s'agit de réglementer une activité nouvelle menaçant très directement de disparition, de marginalisation ou d'ancillarisation les acteurs traditionnels (les déboires de l'industrie phonographique illustrent de manière exemplaire les effets de l'activité non régulée des plateformes);
- dans l'autre, il s'agit de parvenir à une situation plus équilibrée entre des acteurs traditionnels dont les intérêts de court terme peuvent parfois apparaître en tension mais dont les intérêts de plus long terme sont largement convergents : il est par exemple essentiel aux auteurs, éditeurs et libraires que les acteurs de l'enseignement et de la recherche puissent former des lecteurs à même de consommer les productions du secteur marchand, ce qui passe par des aménagements facilitant la conduite par les acteurs publics de leurs missions, dans l'intérêt de l'ensemble des contribuables, ménages comme entreprises culturelles.

Pour le dire autrement, et à rebours d'une idée diffuse et erronée, les bibliothèques universitaires ne sont ni les alliés, même seulement objectifs, de Google, ni les ennemies ou concurrentes des acteurs traditionnels de la chaîne du livre. Il ne faudrait pas que le rapprochement opéré par le rapport de la mission conduite par M. Sirinelli aboutisse à renforcer cette idée irrationnelle d'une communauté d'intérêts entre les institutions publiques d'enseignement, de recherche et de culture et les acteurs de la nouvelle économie.

L'autre point de divergence entre les vues de l'ADBU et les raisonnements mis en oeuvre dans le rapport de la mission tient au sort fait à l'idée d'une nécessaire révision de la directive de 2001. Pour le rapport, l'urgence législative porte sur la directive 2000/31/CE, du fait de son obsolescence, alors que la directive 2001/29/CE ne soulèverait pas difficultés suffisantes pour un réexamen dans des délais proches. Sur ce point l'ADBU s'inscrit résolument en faux :

- d'une part, il convient de ne pas oublier que la directive 2001/29/CE, comme son titre l'indique, avait pour objectif « l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins » dans le marché intérieur. Or, il est patent aujourd'hui que cet objectif n'a pas été atteint, toutes les exceptions au droit de la propriété intellectuelle retenues dans la directive étant facultatives sauf une, et laissant souvent une marge d'appréciation fondamentale (notamment au niveau de la mise en place ou non d'un dispositif de compensation financière lorsque l'exception est transposée en droit national). Cette diversité apparaît préjudiciable à un certain nombre de grands projets culturels publics européens, à commencer par l'emblématique bibliothèque numérique Europeana², riposte de l'Union européenne contre les tentatives hégémoniques de Google dans le domaine de la diffusion de l'héritage culturel ;
- d'autre part, le rapport de mission dénie plusieurs fois la nécessité même d'harmoniser les règles régissant le droit d'auteur et les droits voisins dans l'espace du marché intérieur, et préconise de s'en remettre pour les services aux particuliers à des dispositifs de portabilité applicative assurés par la voie contractuelle : les auditions auxquelles la mission a pu procéder n'auraient pas permis d'identifier de cas probants de limitations à l'accès aux ressources numériques du fait des frontières intra-communautaires. Au vu de la nature de la plupart des organismes auditionnés, cette conclusion n'est pas surprenante. En revanche, dans le domaine qui est le sien, celui de la recherche et de l'enseignement, l'ADBU ne peut que constater des distorsions de compétitivité croissantes entre les différents Etats-membres du fait du manque d'harmonisation des exceptions prévues à l'article 5 de la directive de 2001 : le secteur marchand n'est pas le seul à considérer en la matière. Si les activités des institutions de recherche et de formation publiques sont rarement monétisables voire monétarisables, leur poids économique n'en est pas moins considérable, bien au-delà de celui estimé pour le domaine de la culture, qui a donné lieu fin 2013 à un rapport remarqué, cité par la mission³. Suppose-t-on que l'effet de levier des politiques publiques de recherche et de formation sur

² Ainsi que le pointe la contribution d'Europeana à la consultation publique organisée par la Commission européenne sur la possibilité d'ouvrir la révision de la directive 2001/39/CE : <http://pro.europeana.eu/documents/900548/f633a395-4d4e-4951-a0f1-cdddbee32598>

³ Rapport de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale des affaires culturelles sur « L'apport de la culture à l'économie en France ».

l'économie lucrative pourrait être inférieur au taux de retour sur investissement (ROI) mis en évidence par le rapport conjoint des Inspections générales des finances et des affaires culturelles (rapport qui du reste se garde bien d'analyser la part que prendraient dans ce ROI les bibliothèques publiques) ?

2. La révision de la directive 2001/29/CE

Dans sa deuxième partie, avant d'examiner s'il y a lieu ou pas de revenir sur les exceptions retenues par la directive 2001/29/CE, le rapport de la mission entend faire un sort à la tentation récurrente de sortir de la logique analytique des exceptions, au profit de la logique synthétique mise en oeuvre par les dispositifs étrangers de type *fair use* : pour le rapport de mission, ces dispositifs, s'ils présentent l'avantage de la souplesse, ont pour cette raison même beaucoup dérivé de leur logique initiale, y gagnant une extension préjudiciable aux équilibres à garantir, et aboutissent à une insécurité juridique à l'opposé de l'effet recherché par la directive. Contraires à la conception française et communautaire du droit d'auteur, ils seraient profondément inadaptés à notre tradition juridique.

Sur ce point, curieusement, le rapport ne relève pas le signal que constitue ce retour régulier de l'hypothèse d'un *fair use* à la française ou à l'européenne : cette tentation insistante manifeste pourtant clairement que la situation actuelle n'apparaît pas, à l'aune de l'exemple américain, satisfaisante, et d'abord et avant tout pour les secteurs historiquement concernés par le *fair use*. En effet, comme le rappelle fort opportunément le rapport de la mission, le principe même du *fair use* vise à établir un équilibre entre les légitimes intérêts des ayants droit et la non moins légitime nécessité, pour les institutions pédagogiques, scientifiques, culturelles à but non lucratif d'exercer pleinement leurs missions d'intérêt général, dont on a déjà souligné l'importance sur le plan économique, dès lors qu'on veut bien sortir d'une logique réduisant l'économie aux échanges monétisables : « *Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une oeuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une oeuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération :*

- 1) *le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives ;*
- 2) *la nature de l'oeuvre protégée ;*
- 3) *le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'oeuvre protégée ; et*
- 4) *l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'oeuvre protégée ou sur sa valeur.*

Le fait qu'une oeuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés. »⁴

Pour l'ADBU, sans renoncer à la tradition analytique française et communautaire qui s'accommoderait en effet probablement mal de l'approche synthétique propre au *fair use*, il doit être possible de concevoir, dans le cadre du périmètre historique du *fair use* (activités pédagogiques, scientifiques et culturelles à but non lucratif), une exception européenne plus générique, obligatoire et sans compensation, intégrant les diverses exceptions existantes dans ce domaine (exception pour l'enseignement et la recherche, exceptions en faveur des bibliothèques : § 2, point c et § 3, point a et n de l'article 5 la directive 2001/29/CE) et dont l'objectif serait tout à la fois de mettre fin aux distorsions de concurrence existant entre états membres en termes d'activités pédagogiques, scientifiques et culturelles, comme de réduire les distorsions existant dans ces secteurs avec le concurrent américain.

⁴ Article 107 de la loi américaine de 1976 (17 U.S.C. sec. 107).

Du reste, l'on ne sache pas que l'édition de qualité américaine ait disparu du fait du *fair use*. Et il est à noter, en France, que les termes des protocoles (initialement) transitoires régulièrement signés entre le MENESR et les représentants des ayants droit⁵ aux fins de préciser les conditions d'application de l'exception enseignement et recherche prévue dans le cadre de la loi DADVSI sont constamment allés dans le sens d'une libéralisation croissante des pratiques autorisées, au fur et à mesure que les dangers redoutés au départ par les acteurs de l'économie culturelle marchande apparaissaient surévalués en même temps que l'impraticabilité ou l'inadaptation des termes desdits protocoles aux pratiques pédagogiques et scientifiques, voire aux programmes officiels du MEN, manifestaient clairement que l'on était peut-être allé un peu loin dans la voie analytique chère à notre tradition juridique... : l'illustration d'un excès que le rapport de la mission conduite par le Professeur Sirinelli ne relève pas, alors qu'il aurait impartialement fait pièce aux inconvénients fort bien analysés du *fair use*.

Concernant cette fois la création d'une exception relative au *text and data mining*, l'ADBU se réjouit de lire la préconisation du rapport de la mission conduite par M. Sirinelli, et trouve élégante la solution préconisée, d'une adaptation de la seule exception obligatoire de l'actuelle directive, même si elle partage l'analyse du rapport de mission quant aux difficultés juridiques qui resteraient à lever pour rendre cette voie totalement praticable.

Concernant l'activité de *text and data mining*, l'ADBU rappelle :

- qu'il s'agit simplement d'une activité de **lecture assistée par ordinateur portant sur des contenus dont la licence d'accès a été légalement acquise**, et que la dernière révolution en date dans les techniques de lecture, consistant dans le passage du rouleau (*volumen*) au livre tel que nous le connaissons (*codex*) a constitué, comme nous l'enseigne l'histoire du livre, une révolution de la connaissance considérable, par la libération des mains permettant la prise de notes, la possibilité de feuilleter et de pratiquer une lecture d'écrémage ou de repérage (rendant utile tout le paratexte aujourd'hui pour nous familier : index, tables des matières, tables de concordance, notes infrapaginales ou de fin d'ouvrage, etc.) : sans cette révolution de la lecture, pas d'exégèse scolastique, pas d'érudition humaniste, pas de criticisme à l'époque des Lumières. Les promesses de progrès scientifique sans précédent portées aujourd'hui par la *data driven science* imposent dans la même logique que l'activité non lucrative de *text and data mining* soit dûment admise par la directive de 2001, pour tous les pays membres, et sans compensation financière;
- **que les conclusions du rapport de la mission conduite par Maître Jean Martin sur cette question, dans le cadre du CSPLA, manifestent une mécompréhension profonde des besoins de la science contemporaine** : en effet, c'est un moratoire de deux ans et la voie contractuelle que prône finalement la mission. Or, la voie contractuelle est une impasse programmée : les chercheurs ont besoin de croiser dans leur fouille des sources diverses, aussi bien publiques que privées. Il est donc totalement exclu qu'un opérateur ou groupement d'opérateurs privés puissent jamais mettre à disposition au prix de dépenses d'investissement soutenables la plateforme technique nécessaire à la fois aux besoins très divers et en pleine expansion de la recherche, comme au contrôle par leur soin exclusif des données présentes dans les produits des ayants droit. La solution du recours à un tiers de confiance public (par exemple, la plateforme ISTEEX) apparaît en conséquence la seule voie praticable, à la fois protectrice des intérêts des ayants droit privés et adaptée aux nécessités de la recherche publique. En outre, le moratoire de deux ans proposé par le rapport de la mission trahit une mauvaise appréciation du temps de la recherche : deux ans constituent une durée déraisonnable pour n'importe quel programme de recherche financé sur projet pluriannuel (via par exemple l'ANR, Agence nationale de la recherche, ou les crédits européens alloués dans le cadre d'Horizon 2020). **Résultat : l'ADBU peut citer aujourd'hui le nom de laboratoires français ayant décidé d'externaliser leurs opérations de *text and data mining* en Grande-Bretagne ou aux Etats-Unis, avec tous les risques afférents en termes de compétitivité pour notre recherche, sur le plan international. Là encore, il serait sagesse d'adopter dans le cadre de la révision de la directive 2001/29/CE, par exemple à travers l'extension**

⁵ Les derniers protocoles en date sont consultables sur le site du MENESR : http://www.education.gouv.fr/pid25535/bulletin_officiel.html?cid_bo=59631

de l'exception au titre des copies techniques transitoires ou accessoires, des dispositions obligatoires déliées de toute compensation financière, qui annihileraient les effets de distorsion de concurrence intra-communautaire (la Grande-Bretagne et l'Irlande ont déjà adopté dans leur législation une exception légalisant sans compensation le *text and data mining*) ou avec le concurrent américain (où l'arrêt Hathi Thrust rendu contre Google implique sans qu'il soit besoin de légiférer la licéité des pratiques de *text and data mining*), ou encore japonais.

Enfin, l'ADBU, à rebours des préconisations énoncées p. 77 et 78 du rapport de la mission :

- s'oppose à l'instauration d'un principe de non-épuiement du droit de distribution dans l'hypothèse de la fourniture en ligne d'oeuvres : l'adoption de ce principe ruinerait toute possibilité pour un particulier ou une institution de faire don à une bibliothèque de fichiers numériques pourtant légalement acquis. Or, les entrées par dons peuvent représenter une part considérable de l'accroissement des fonds des bibliothèques patrimoniales, et par ailleurs les acteurs privés n'ont ni les moyens pour, ni la vocation à garantir la conservation de ces ressources, dont la part dans la production de contenus ira croissant ;
- défend le principe d'une reconnaissance juridique positive du domaine public (conception analytique du monopole du droit d'auteur), et rappelle que « le principe », pour reprendre l'expression du rapport de la mission, est, en matière de création intellectuelle, la libre circulation des idées, des données, des faits, face à laquelle a été historiquement admise une exception fondant un monopole légal afin de protéger l'expression originale des activités de l'esprit ; pourquoi, pour les mêmes raisons, l'extension régulière de la durée de protection des droits n'est pas acceptable ;
- s'oppose résolument à tous les dispositifs préconisés par la mission, visant à limiter le champ des exceptions ou leur mise en oeuvre (préconisation 2.2.2, p.77), définir des critères impératifs dont le respect déciderait du caractère obligatoire ou facultatif des exceptions (préconisation 2.2.3 p.78), ou fixerait des conditions drastiques à la création de nouvelles exceptions au-delà de l'obligation déjà sévère, fixée par les accord internationaux, de respect du test des trois étapes (préconisation 2.2.4 p.78).

Il convient de le redire : si l'approche synthétique du *fair use* peut avoir des inconvénients fort bien relevés par le rapport de la mission, une approche excessivement analytique constitue l'assurance d'un déséquilibre accru entre l'intérêt public et celui du monopole légal de la propriété littéraire et artistique, au détriment du plus grand nombre : il ne faudrait pas, en tentant de lutter contre la captation abusive de la valeur à laquelle se livrent les géants de l'Internet, mettre à mal la circulation intellectuelle à l'origine de tout créativité, celle que l'on décide d'exploiter commercialement sous forme d'oeuvre, de brevet, de logiciel, etc., comme celle qu'on choisit de laisser au domaine public, et qui n'en crée pas moins, à plus ou moins long terme, plus ou moins indirectement, beaucoup de richesse, tant intellectuelle qu'économique.