

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique

Rosic, Zorana

Published in:
ICIP

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rosic, Z 2019, 'La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: les forces et les faiblesses des solutions adoptées', *ICIP*, numéro 2, pp. 295-319.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique : les forces et les faiblesses des solutions adoptées

Zorana ROSIĆ⁽¹⁾

1. Introduction. L'environnement numérique ne cesse de questionner la législation sur le droit d'auteur, ce qui s'est traduit par de nombreuses interventions législatives et jurisprudentielles ces dernières années. Cherchant une solution supplémentaire au phénomène de digitalisation, l'Union européenne a encore adopté un nouvel instrument, la directive 2019/790, le 17 avril 2019⁽²⁾. Celle-ci est censée fournir un énième outil pour faire face au défi que représente le marché unique numérique.

La présente contribution a pour objectif d'offrir un aperçu général des principales nouveautés et modifications de cette directive. Si le propos est descriptif, nous ne nous priverons pas d'exercer un regard critique par rapport aux solutions adoptées.

2. Le parcours de la directive DSM. L'aboutissement de la directive ne fut pas un long fleuve tranquille. De la proposition initiale de la Commission en 2016 au texte approuvé à la suite du trilogue, le processus d'adoption révèle toute la complexité et la sensibilité des thématiques retenues.

Les principales critiques et pressions, exercées tant par les géants du Web que par les représentants des titulaires des droits (tels que les éditeurs, l'industrie du disque et les sociétés de gestion collective) portaient particulièrement sur les dispositions qui allaient donner lieu aux actuels articles 15 et 17 (examinés ci-après), poussant souvent les utilisateurs et les petits créateurs hors du débat⁽³⁾.

(1) Assistante à l'UNamur, chercheuse et doctorante au CRIDS-NaDI UNamur.

(2) La directive 2019/790 sera ci-après désignée sous l'acronyme anglais « DSM » (c'est-à-dire « *digital single market* », soit en français « le marché unique numérique »).

(3) M. LAMBRECHT, « La directive européenne sur le droit d'auteur impose-t-elle le filtrage des contenus ? », disponible sur : <http://theconversation.com/la-directive-europeenne-sur-le-droit-dauteur-impose-t-elle-le-filtrage-des-contenus-117035>, publié le 14 mai 2019, consulté le 9 octobre 2019.



Même si l'adoption du texte final semble avoir donné un coup d'arrêt aux lobbyings de première ligne, elle est loin d'avoir évacué toutes les discussions. Celles-ci se poursuivent en effet sur plusieurs plans, que ce soit dans le cadre de la transposition des règles en droit national, ou en marge du recours en annulation introduit par la Pologne⁽¹⁾.

3. Structure. Composée de quatre-vingt-six considérants et trente-deux articles, la directive est presque deux fois plus longue que sa devancière de référence : la directive 2001/29. Elle est divisée en cinq titres : les dispositions générales (I), les mesures visant à adapter les exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontalier (II), les mesures visant à améliorer les pratiques en matière d'octroi de licences et à assurer un accès plus large aux contenus (III), les mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur (IV) et les dispositions finales (V).

4. Objectifs. Les considérants 2 et 3, clarifient l'objet et la portée du texte, par les termes suivants : « [l]'évolution rapide des technologies continue à modifier la manière dont les œuvres et autres objets protégés sont créés, produits, distribués et exploités. Il apparaît sans cesse de nouveaux modèles économiques et de nouveaux acteurs. La législation en la matière doit résister à l'épreuve du temps afin de ne pas entraver l'évolution des technologies. Les objectifs et les principes définis par le cadre de l'Union en matière de droit d'auteur restent satisfaisants. Néanmoins, une insécurité juridique subsiste, tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, en ce qui concerne certaines utilisations, notamment transfrontières, d'œuvres et autres objets protégés dans l'environnement numérique ».

Ces constats de départ sont relayés par l'article 1^{er}, lequel prévoit de « fixer les règles relatives aux exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins, à la facilitation des licences, ainsi que des règles destinées à assurer le bon fonctionnement du marché pour l'exploitation des œuvres et autres objets protégés ».

Cependant, le cadre nouveau laisse intacts les textes unionistes déjà existants sous réserve des modifications mentionnées à l'article 24⁽²⁾, pour autant

(1) Un recours en annulation sur base de l'art. 263 TFUE a en effet été initié le 24 mai 2019 (aff. C-401/19) par la République de Pologne qui estime que l'art. 17 de la directive porte atteinte à la Charte des droits fondamentaux, et plus précisément à la liberté d'expression, en imposant des mesures de vérification préalable (filtrage) des contenus partagés par les utilisateurs. Selon la requérante, ces mesures de contrôle préventif ne respectent pas l'exigence de proportionnalité et de nécessité. Pour des informations complémentaires, voy. : <https://droit.developpez.com/actu/274452/Directive-du-droit-d-auteur-la-Pologne-a-depose-une-plainte-devant-le-plus-haut-tribunal-de-l-UE-pour-demander-une-modification-de-la-reglementation-au-nom-de-la-liberte-d-expression/>, publié le 21 août 2019, consulté le 9 octobre 2019.

(2) Art. 1^{er}, al. 2, et art. 24 de la directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les

que ces textes antérieurs ne présentent pas de contradiction avec les règles nouvelles⁽³⁾.

Par ailleurs, la directive DSM fournit un ensemble de définitions destinées à clarifier les notions qu'elle introduit, telles que « les organismes de recherche », « la fouille de textes et de données » – généralement désignée sous l'expression anglaise de « *text and data mining* » (ci-après « TDM »), les « institutions du patrimoine culturel », « les publications de presse », ou encore « les fournisseurs de service de partage de contenus en ligne »⁽⁴⁾.

5. Trois nouvelles exceptions et limitations dans l'environnement numérique et transfrontière qui sont obligatoires. Les exceptions et limitations existantes manquaient d'efficacité face à l'évolution technologique continue. Ce qui a incité le législateur européen à instaurer de nouvelles dérogations, davantage adaptées à l'environnement numérique et transfrontalier, tout en consacrant leur caractère obligatoire. Ces exceptions nouvelles visent à favoriser la recherche scientifique et l'innovation, l'enseignement et la conservation du patrimoine culturel⁽⁵⁾.

5.1. Fouille de textes et de données (articles 3 et 4).

Ratio legis. La fouille de textes et de données est définie comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations »⁽⁶⁾. L'objet de cette activité d'analyse de type numérique peut être du texte, des sons, des images ou des données⁽⁷⁾. Il peut donc s'agir de contenus très variés, protégés par le droit d'auteur, ou par le droit *sui generis*, voire même par les deux concomitamment, ce qui ne facilite pas la tâche des organismes de recherche.

directives 96/9/CE et 2001/29/CE, *J.O.U.E.*, L 130/92, 17 mai 2019. L'art. 24 introduit des modifications dans deux directives :

– La directive 96/9/CE (connue comme « directive sur les bases de données ») en son art. 6, § 2, b), et art. 9, b), en adaptant l'exception à des fins d'enseignement et de recherche scientifique afin de ne pas rentrer en contradiction avec les nouvelles exceptions de la directive DSM ;

– La directive 2001/29/CE (connue comme « directive InfoSoc ») en son art. 5, § 2, pts a) et c), en adaptant les exceptions concernant les actes de reproduction des bibliothèques, les illustrations à des fins d'enseignement ou de recherches scientifiques afin de ne pas rentrer en contradiction avec les nouvelles exceptions de la directive DSM. Par ailleurs, à l'art. 12 de la directive 2001/29 s'ajoute un § 4, qui porte particulièrement, sur l'implémentation de la nouvelle directive DSM et les difficultés potentielles qui pourraient surgir de sa mise en œuvre, mais aussi, sur ses impacts sur le marché unique numérique.

(3) Considérant 5 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(4) Art. 2 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(5) Considérant 5 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(6) Art. 2 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(7) Considérant 8 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*



Bénéficiaires. Afin de lever l'insécurité juridique, l'article 3 de la directive DSM prévoit une exception au droit de reproduction exclusif et au droit d'empêcher l'extraction à partir d'une base de données, au profit des organismes de recherche (tant dans le domaine des sciences naturelles que dans celui des sciences humaines, ce qui englobe une variété d'acteurs tels que : les universités, les établissements supérieurs et leurs bibliothèques, mais aussi les instituts et hôpitaux de recherche⁽⁸⁾) et des institutions du patrimoine culturel (notamment les bibliothèques accessibles au public, les musées, ou les archives nationales⁽⁹⁾). Pour autant, les contenus auxquels les bénéficiaires de l'exception ont accès, doivent être disponibles de façon licite (il peut s'agir, par exemple, de contenus en ligne en libre accès ou de contenus accessible moyennant un abonnement)⁽¹⁰⁾. En outre, les bénéficiaires doivent poursuivre un but de recherche scientifique.

Modèle de fonctionnement. L'article 3 (ainsi que l'article 4 commenté ci-après) voit la fouille de textes et de données comme un outil qui stimule la recherche scientifique et l'innovation en raison de son modèle de fonctionnement dont les composantes se présentent comme suit : une analyse d'une vaste quantité de données (1) ; dans ce but, une copie (temporaire⁽¹¹⁾) des données et une transformation de celles-ci en un format lisible et compatible avec la machine (2) et, éventuellement à cette occasion, un téléchargement des matériaux prétraités ; ensuite une extraction de ces données (3) et une recombinaison de celles-ci afin d'identifier des modèles et dégager des solutions (4)⁽¹²⁾.

Le considérant 16 offre la possibilité aux titulaires de droits d'utiliser des mesures technologiques pour garantir que seules les personnes ayant un accès licite à leurs données puissent y accéder, en validant leur adresse IP ou par l'identification de l'utilisateur. De surcroît, ces mesures, visant à assurer la

(8) Considérant 12 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(9) Considérant 13 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(10) Considérant 14 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*, par « accès licite » il faut entendre : « l'accès à des contenus fondés sur une politique de libre accès ou en vertu d'arrangements contractuels entre, d'une part, les titulaires de droits et, d'autre part, les organismes de recherche ou les institutions du patrimoine culturel, comme des abonnements, ou en vertu d'autres voies légales ».

(11) La « copie temporaire » visée par l'art. 5, §1^{er}, de la directive 2011/29 a prouvé qu'elle était sujette à des incertitudes notamment dans l'affaire *Infopaq* (C.J., 17 janvier 2012, C-302/10, arrêt *Infopaq*).

(12) F. BRISON *et al.*, « Actualités législatives en droit d'auteur », in *Droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 33 et 34 ; C. GEIGER, G. FROSIO et O. BULAYENKO, « The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposal Directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal aspects », *Center for International Intellectual Property Studies (CEIPI)*, Research Paper, publié en février 2018, pp. 5 et 6, disponible à l'adresse suivante : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA\(2018\)604941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2018/604941/IPOL_IDA(2018)604941_EN.pdf), consulté le 14 octobre 2019.



sécurité et l'intégrité de leurs réseaux et bases de données, ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.

L'exception supplémentaire. L'article 4 de la directive DSM prévoit une exception qui vient s'ajouter à celle de l'article 3. Dans le cadre de cet article, le bénéfice de l'exception n'est pas réservé à certaines entités spécifiques. En outre, il n'est pas exigé que les bénéficiaires poursuivent un but de recherche scientifique. En revanche, le bénéfice n'est praticable qu'à la condition que les titulaires de droits n'aient « pas réservé de manière appropriée »⁽¹³⁾ le droit de reproduction ou d'extraction des contenus protégés – ce qui signifie que dans le cadre de l'article 4, l'exception n'est pas obligatoire, alors qu'elle l'est dans le cadre de l'article 3. Cela étant, dans l'hypothèse où le titulaire n'a pas réservé ses droits, l'article 4 offre la possibilité aux bénéficiaires de l'exception de conserver une copie des reproductions et extractions aussi longtemps que cela s'avère nécessaire en vue de la fouille. À ce sujet, on relèvera à titre de comparaison, que dans le cadre de l'article 3, les bénéficiaires sont autorisés à stocker et conserver les copies à des fins de recherche, y compris pour la vérification des résultats de la recherche.

Commentaire. Comme l'ont fait remarquer de nombreux auteurs⁽¹⁴⁾, les articles 3 et 4 de la présente directive ont une portée atténuée par les conditions et les termes qui les encadrent. Un certain nombre d'acteurs – et non des moindres – ne pourront invoquer en leur faveur le bénéfice de l'exception de fouille (TDM) en tant qu'exception obligatoire, alors pourtant qu'il s'agit d'un outil essentiel de l'innovation numérique. Pour ne citer que deux exemples d'acteurs impuissants à cet égard : des consommateurs désireux de comparer des offres commerciales ou des journalistes souhaitant vérifier des faits d'actualité⁽¹⁵⁾. Par ailleurs, même quand l'exception est obligatoire, à savoir dans le cadre de l'article 3, il n'est pas toujours aisé de garantir qui peut en être le béné-

(13) Le considérant 18 de la directive (UE) 2019/790 précise ce qu'est une « réserve jugée appropriée » : « que si elle est effectuée au moyen de procédés lisibles par machine, y compris les métadonnées et les conditions générales d'utilisation d'un site internet ou d'un service ». Cette condition est la seule exception dans la directive DSM à laquelle il peut être dérogé par voie contractuelle.

(14) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive : a critical look », *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.)*, 2019, Working paper, p. 8, disponible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3424770, publiée le 24 juillet 2019, consulté le 14 octobre 2019 ; R. DUCATO et A. STROWEL, « Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment : Making the Case for a Right to Machine Legibility », *CRIDES Working paper series*, 2018, pp. 18 et 19, disponible à l'adresse suivante : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3278901, publié le 28 novembre 2018, consulté le 14 octobre 2019.

(15) En effet, nous avons pu lire dans le monde de la recherche l'adage suivant « The right to read is the right to mine » (« Le droit de lire donne le droit de fouiller »), voy. notamment <https://libereurope.eu/blog/2019/08/01/the-right-to-read-is-the-right-to-mine-but-not-when-blocked-by-technical-protection-measures/>.



ficiaire. En particulier, s'agissant d'une exception qui vise des institutions dont l'activité est non lucrative, il n'est pas toujours facile en pratique de déterminer ce caractère non lucratif. L'ambiguïté sera sans doute d'autant plus regrettée par certains que l'exigence de caractère « non lucratif » s'écarte de la proposition initiale de la Commission – laquelle visait à promouvoir l'innovation en matière de recherche tant pour les organismes poursuivant une activité non lucrative que lucrative⁽¹⁶⁾.

5.2. Utilisation des œuvres et autres contenus protégés dans le cadre des activités d'enseignement numériques et transfrontaliers (article 5).

Ratio legis. L'article 5, paragraphe 3, a), de la directive 2001/29 inclut déjà une exception facultative concernant l'utilisation des œuvres protégées à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement. De même, l'article 6, paragraphe 2, b), de la directive 96/9 prévoit une exception obligatoire au droit de base de données aux seules fins d'enseignement ou de recherche. Cependant, ces dispositions manquent de clarté et ont une portée limitée dans l'univers numérique et transfrontalier. Ainsi, il n'a pas été précisé si ces exceptions ou limitations sont applicables à l'enseignement à distance⁽¹⁷⁾.

C'est pourquoi, il a été jugé nécessaire d'instaurer une nouvelle exception – cette fois impérative – au profit des établissements d'enseignement, afin de pouvoir utiliser, en toute sécurité, des œuvres ou d'autres objets protégés.

Bénéficiaires. Cette nouvelle exception, d'après le considérant 20 de la directive DSM, bénéficie à tous les établissements d'enseignement reconnus par un État membre. Cela recouvre tant les établissements primaires et secondaires que les entités de formation professionnelle. Toutefois, ces établissements ne pourront effectuer une utilisation d'œuvres protégées dans le cadre de cette exception que s'ils peuvent se justifier d'une finalité non commerciale. Le considérant précise cette fois-ci que le caractère « non-commercial » ne devrait pas être déterminé par la structure organisationnelle ou les moyens de financement de cet établissement.

(16) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM (2015) 192 finale, 6 mai 2015 ; à la p. 8 nous pouvons lire : « [d]ans le domaine de la recherche à des fins commerciales et non commerciales, l'absence de cadre juridique clair et les approches nationales divergentes risquent de freiner l'innovation fondée sur l'utilisation de l'exploration de textes et de données (recherche de corrélations ou d'occurrences significatives dans des textes ou des ensembles de données). Il pourrait s'avérer nécessaire d'accroître la sécurité juridique pour permettre aux chercheurs et aux établissements d'enseignement d'utiliser plus largement le contenu protégé par le droit d'auteur, y compris au-delà des frontières, et de profiter ainsi pleinement du potentiel de ces technologies et des avantages de la collaboration transfrontière. Comme tous les éléments des propositions relatives au droit d'auteur, cette nécessité donnera lieu à une évaluation tenant compte de son incidence sur toutes les parties intéressées ».

(17) Considérant 19 de la directive (UE) 2019/790, préc.



Modèle de fonctionnement. L'article 5 de la directive DSM vise à « améliorer et enrichir l'expérience d'apprentissage »⁽¹⁸⁾. Les activités d'enseignement visées recouvrent une large gamme d'utilisations d'œuvres à des fins pédagogiques telles que : l'utilisation traditionnelle en classe, mais aussi les tableaux blancs numériques ou des appareils numériques, les cours en ligne ou tout autre matériel éducatif destiné à illustrer un cours, de même que la mise à disposition de ces contenus protégés sur un « réseau électronique sécurisé »⁽¹⁹⁾. Cette utilisation d'œuvres ou de contenus protégés doit cependant éviter de se substituer à l'achat d'un manuel scolaire complet ou d'une œuvre littéraire⁽²⁰⁾.

En tout état de cause, en vertu de l'article 5, paragraphe 1^{er}, a), de la directive, le nom de l'auteur de l'œuvre ainsi que la source doivent accompagner l'œuvre utilisée, à moins que cela ne s'avère impossible.

Règle du pays d'origine. Conformément à l'article 5, paragraphe 3, de la directive DSM, l'utilisation des œuvres et autres objets protégés à des fins d'illustration dans l'enseignement au moyen d'un environnement électronique sécurisé, est réputé avoir eu lieu dans l'État membre où se trouve l'établissement scolaire. De la sorte, la directive facilitera les activités d'apprentissage transfrontalières dans les établissements d'enseignement internationaux mais aussi dans le cadre des programmes d'enseignement à distance⁽²¹⁾.

L'aménagement du caractère impératif de l'exception. L'article 7, paragraphe 1^{er}, prévoit que les règles contractuelles ne peuvent déroger aux exceptions et notamment celle de l'article 5. Toutefois, l'article 5, paragraphe 2, prévoit un aménagement, en permettant aux États membres d'exiger que les utilisations prévues au paragraphe 1^{er} de l'article 5 respectent les droits moraux des auteurs, voire même de subordonner les utilisations permises à la disponibilité de licences adéquates disponibles sur le marché⁽²²⁾. Les États doivent toutefois veiller à ce que ces licences couvrent les besoins des établissements scolaires et par ailleurs, ils peuvent prévoir une compensation équitable en

(18) Considérant 20 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(19) Considérant 22 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*, le considérant définit ce qu'il convient d'entendre par « réseaux électroniques sécurisés » : « un environnement numérique d'enseignement et d'apprentissage dont l'accès est limité aux enseignants d'un établissement d'enseignement et aux élèves ou aux étudiants inscrits à un programme de cours, notamment au moyen d'une procédure appropriée d'authentification, y compris une authentification sur la base de mot de passe ». Un exemple typique serait le *Moodle*, ou les plateformes en ligne des universités.

(20) B. J. JÜTTE, « The New Copyright Directive/ Digital and Cross-border Teaching Exception (Article 5) », disponible sur : <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/21/the-new-copyright-directive-digital-and-cross-border-teaching-exception-article-5/>, publié le 21 juin 2019, consulté le 15 octobre 2019.

(21) *Ibid.*

(22) Considérant 23 de la directive (UE) 2019/790, préc.



faveur des titulaires de droits pour l'utilisation de leurs œuvres au titre de contrepartie⁽²³⁾.

Commentaire. Cette nouvelle exception clarifie et étend la portée de l'exception à des fins d'enseignement qui figurait déjà dans les textes existants, en précisant que son champ d'application ne vise que les établissements d'enseignement à des fins non lucratives. De plus, la possibilité d'écarter l'exception de l'article 5 en subordonnant l'utilisation des contenus et œuvres protégés à une licence adéquate et disponible sur le marché est *a priori* de nature à améliorer considérablement les activités d'apprentissage notamment par la mise à disposition des manuels sous format numérique. Cela étant, le risque existe que les éditeurs compensent la perte sur le marché des manuels imprimés – due à la mise à disposition sous format numérique à grande échelle de leurs ouvrages – par un prix élevé des licences⁽²⁴⁾. En d'autres termes, la mise en place de ce mécanisme pourrait d'une part, améliorer les activités d'apprentissage du fait qu'il augmente l'accessibilité du matériel pédagogique (y compris dans le cadre de l'enseignement à distance), et d'autre part créer certaines défaillances sur le marché.

5.3. Conservation du patrimoine culturel (article 6).

Ratio legis. Les nouvelles technologies offrent des possibilités inédites pour la conservation des collections par les institutions du patrimoine culturel, nécessitant souvent une reproduction, ce qui soulève un défi de taille au regard des règles applicables. C'est pourquoi, ici aussi, le législateur a étendu le champ des exceptions, en recourant au caractère obligatoire.

Bénéficiaires. Les institutions du patrimoine culturel qui bénéficient de la nouvelle exception obligatoire sont : les bibliothèques accessibles au public, les musées, les archives ou les institutions dépositaires d'un patrimoine cinématographique ou sonore⁽²⁵⁾.

Modèle de fonctionnement. Ces institutions pourront dorénavant utiliser un outil technologique afin de réaliser des copies, dans un but de conservation, « sous quelque format et sur quelque support que ce soit, en nombre suffisant et à n'importe quel stade de la vie de l'œuvre ou tout objet protégé »⁽²⁶⁾, nécessaire à cette fin.

Pour la réalisation des copies, les institutions du patrimoine culturel peuvent recourir à des tiers, mais qui agiront – dans ce cas – en leur nom et sous leur

(23) Considérant 24 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(24) B. J. JÜTTE, « The New Copyright Directive/ Digital and Cross-border Teaching Exception (Article 5) », *op. cit.*

(25) Art. 1^{er} de la directive (UE) 2019/790, préc.

(26) Considérant 27 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*



responsabilité⁽²⁷⁾. Par ailleurs, l'exception ne s'applique qu'aux œuvres et autres objets protégés qui se trouvent de façon permanente dans l'institution, suite à un transfert de propriété ou une licence par exemple⁽²⁸⁾.

Si des actes de reproduction sont effectués dans un but autre que celui de la conservation des collections permanentes, les institutions du patrimoine culturel devront demander l'autorisation des auteurs, sauf si ces actes sont couverts par une autre exception⁽²⁹⁾.

5.4. Considérations communes aux trois exceptions et limitations (article 7).

Une caractéristique essentielle est commune à ces trois exceptions : elles sont toutes obligatoires et impératives, à l'exception de l'article 4, si bien qu'elles ne peuvent être écartées par des dispositions contractuelles, celles-ci étant réputées non exécutoires en vertu de l'article 7, paragraphe 1^{er}, de la directive DSM. Par ailleurs, il convient de souligner l'importance d'une lecture conjointe de ces nouvelles exceptions et limitations avec celles prévues par les directives 2001/29 et 96/9. En effet, la directive 2001/29 est susceptible d'impacter la portée matérielle des articles 3 à 6 de la directive DSM, d'une part par l'application du triple test (article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29) et d'autre part, par la possibilité de recourir à des mesures techniques de protection (article 6, paragraphe 4, de la directive 2001/29).

La directive DSM diverge cependant de la directive 2001/29 sur un point important qui est lié au caractère impératif des exceptions qu'elle prévoit : elle ne permet pas d'écarter par contrat les exceptions pour des contenus qui font l'objet d'une mise à disposition interactive et elle limite l'interférence des mesures techniques de protection dans ce contexte⁽³⁰⁾. Cette divergence est qualifiée de problématique par certains commentateurs⁽³¹⁾. D'autres estiment de leur côté qu'il aurait été plus utile de renforcer le caractère obligatoire des exceptions, en rejetant la possibilité de recourir à des mesures techniques, susceptibles d'affaiblir le caractère impératif des exceptions⁽³²⁾.

En conclusion, le titre II de la directive DSM semble manquer son objectif de simplification dans l'harmonisation des systèmes d'exceptions dans les différents États membres, car le régime est finalement étroit, avec des règles

(27) Considérant 28 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(28) Considérant 29 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(29) Considérant 27 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(30) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive: a critical look », *op. cit.*, p. 10.

(31) T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *European Intellectual Property Review (E.I.P.R.)*, 2019, n° 7, p. 406.

(32) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive: a critical look », *op. cit.*



déroatoires et des dispositions particulières liées aux mesures techniques de protection⁽³³⁾. Les règles (facultatives) de l'article 5 de la directive 2001/29 ajoutent également à la complexité.

6. Des meilleures pratiques d'octroi de licences et d'accès au contenu. Le titre III de la directive DSM est composé de quatre chapitres, visant les choses indisponibles dans le commerce, les licences collectives, la disponibilité et l'accès à des œuvres audiovisuelles sur les plateformes vidéo à la demande et les œuvres d'art visuel du domaine public. Les deux derniers chapitres feront l'objet d'une plus brève analyse ne contenant pas de complexité particulière.

6.1. Les œuvres et objets protégés indisponibles dans le commerce (articles 8 à 11).

Ratio legis. Le législateur européen souligne la difficulté pour les institutions du patrimoine culturel d'obtenir des autorisations pour utiliser les œuvres de leurs collections permanentes qui sont à considérer comme indisponibles dans le commerce – difficulté liée notamment à l'ancienneté des œuvres ou au fait qu'elles n'étaient pas destinées au commerce⁽³⁴⁾. Il entend donc faciliter l'utilisation de ce type d'œuvres (ou autres objets protégés), en recourant au mécanisme de la licence collective.

L'octroi d'une licence collective sur ces œuvres et objets n'est toutefois pas toujours praticable, comme par exemple : lorsqu'il n'y a aucune pratique de gestion collective pour certains types d'œuvres ou lorsqu'un organisme de gestion collective ne remplit pas la condition de représentativité suffisante des titulaires de droits⁽³⁵⁾.

Dans de telles situations spécifiques, où le modèle de gestion collective accuse ses limites, c'est une exception ou une limitation qui devrait permettre aux institutions du patrimoine culturel (par exemple archives ou musées) de réaliser des utilisations non commerciales.

Œuvres visées. La directive DSM définit les œuvres (et autres objets protégés) indisponibles dans le commerce comme celles qui ne se retrouvent pas dans les circuits commerciaux habituels, après des efforts de vérification raisonnables⁽³⁶⁾. Dans de nombreux cas, une vérification œuvre par œuvre ne devrait pas être exigée et un échantillonnage devrait pouvoir suffire.

À titre d'illustration, le considérant 37 de la directive DSM donne des exemples et des contre-exemples d'œuvres indisponibles dans le commerce. Parmi ces

(33) *Ibid.*

(34) Considérant 30 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(35) Considérant 32 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(36) Art. 8, § 5, et considérant 38 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

derniers on mentionnera celui où des éditions subséquentes (et non l'édition concernée) se retrouvent dans les circuits habituels – hypothèse dans laquelle on considère que l'œuvre n'est pas indisponible. En revanche, une œuvre littéraire ne perd pas d'office son caractère d'indisponibilité au motif qu'on la retrouve dans d'autres versions linguistiques dans les circuits commerciaux habituels.

Modèle de fonctionnement. L'article 8, paragraphe 1^{er}, de la directive DSM met en place un système d'octroi de licences non exclusives, à des fins non commerciales, par des organismes de gestion collective – les licences visant à autoriser la reproduction, la distribution ou la communication au public des œuvres (et objets) indisponibles dans le commerce.

Ces organismes de gestion collective doivent : être suffisamment représentatifs des titulaires de droits sur le type d'œuvres (et objets) concernés, et assurer qu'une égalité de traitement soit garantie à tous les titulaires de droits en cause.

Introduction d'une exception. Au cas où il n'existe pas d'organisme de gestion collective remplissant les conditions, une licence n'est pas en mesure d'être délivrée faute d'interlocuteur⁽³⁷⁾. Dans ce type de cas (et aussi dans les cas où il n'existe aucune pratique de licence collective), l'article 8, paragraphe 2, de la directive prévoit une exception qui permet aux institutions d'utiliser les œuvres (et autres objets protégés) à deux conditions : l'utilisation doit être effectuée dans un but non-commercial et il faudra mentionner – dans la mesure du possible – le nom de l'auteur.

Règle d'exclusion. En vertu de l'article 8, paragraphe 4, les titulaires de droits peuvent, à tout moment, exclure leurs œuvres (et autres objets protégés) du mécanisme d'octroi de licence ou d'exception et limitation prévu au paragraphe 1 ou paragraphe 2.

Utilisation transfrontalière. La licence collective doit pouvoir autoriser l'utilisation des œuvres (et autres objets) indisponibles dans tout État membre de l'Union (article 9 de la directive DSM). Par ailleurs, quand il est fait appel au mécanisme de l'exception, l'utilisation permise au titre d'exception est réputée avoir lieu uniquement dans l'État membre où est établie l'institution de conservation du patrimoine.

Mesures de publicité et dialogue entre parties. Il est important que des informations soient diffusées d'une manière suffisante et correcte sur un certain nombre de points essentiels, tels que l'indisponibilité de certaines œuvres ou les conditions d'utilisation autorisées. Par ailleurs, il est aussi opportun que toutes les parties impliquées (utilisateurs, organismes de gestion collective, et titulaires

(37) Art. 8, § 3, de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*



de droits) se concertent, par exemple pour établir des modèles de licence collective. À cet effet, la directive DSM consacre des dispositions⁽³⁸⁾ destinées à organiser la publicité (à travers un portail en ligne qui sera notamment créé et géré par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle) de même qu'un dialogue avec les parties prenantes.

6.2. Mesures visant à faciliter l'octroi des licences collectives (article 12).

Ratio legis. L'obtention d'autorisations sur une base individuelle auprès des titulaires de droits peut s'avérer onéreuse et difficile pour les utilisateurs – par exemple, en raison de la nature de l'utilisation ou du type d'œuvres concernées⁽³⁹⁾.

Or, à l'ère du numérique, il s'avère essentiel de prévoir des dispositifs suffisamment efficaces et flexibles pour couvrir les nouveaux cas d'exploitations.

C'est dans ce contexte que le législateur de l'Union a entendu favoriser le recours au mécanisme de la licence collective étendue. Il s'agit, en substance, d'un mécanisme par lequel l'effet d'une licence est étendu à des titulaires de droits (et à leurs œuvres) qui n'ont pas mandaté l'organisme de gestion pour conclure la licence.

Nous noterons qu'avant l'adoption de la directive DSM, des mécanismes d'octroi des licences collectives à effet étendu existaient déjà dans certains États membres⁽⁴⁰⁾.

Situations visées. Les licences collectives à effet étendu concernent trois situations. La première vise le cas où la licence s'étend aux droits des titulaires qui n'ont pas donné d'autorisation à l'organisme de gestion collective qui conclut l'accord⁽⁴¹⁾. Les deuxième et troisième hypothèses, sont celles où l'organisme de gestion collective représente les titulaires qui ne l'ont pas volontairement mandaté en vertu d'un mandat légal ou d'un pouvoir de représentation fondé sur une présomption légale⁽⁴²⁾.

Modèle de fonctionnement. La licence collective à effet étendu doit répondre aux conditions suivantes : elle est octroyée par un organisme de gestion collective (1), pour un domaine d'utilisation bien défini (2), dans une situation où l'octroi d'une licence sur une base individuelle est trop compliqué et onéreux (3) et d'une manière qui préserve l'intérêt légitime des titulaires de droits (4)⁽⁴³⁾.

(38) Art. 10 et 11 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(39) Considérant 45 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(40) Considérant 44 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(41) Considérant 46 et art. 12, § 1, a), de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(42) Considérant 46 et art. 12, § 1, b), de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(43) Art. 12, § 2, et les considérants 45 à 47 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*



La lecture de ces conditions révèle des similitudes avec le mécanisme du triple test qui encadre les exceptions et limitations (article 5, paragraphe 5, de la directive 2001/29), à ceci près que dans le cas de la licence collective à effet étendu (article 12 de la directive DSM) il ne s'agit pas d'une exception ou d'une limitation⁽⁴⁴⁾.

Par ailleurs, le législateur de l'Union a prévu des garanties à l'article 12, paragraphe 3, au profit des titulaires de droit en : soumettant les organismes de gestion collective à une condition de représentativité suffisante des catégories de titulaires de droits concernés, en obligeant ces organismes au respect du principe d'égalité de traitement et à une information vis-à-vis des titulaires de droits, mais aussi en offrant à ces derniers la possibilité d'exclure certains types d'œuvres de ce type de licence (clause « *opt-out* »⁽⁴⁵⁾).

Commentaire. Les termes de cet article et de ses considérants distinguent clairement les mécanismes d'octroi de licences collectives, d'une part, et les mécanismes de gestion collective obligatoire, d'autre part. Les mécanismes pré-existants dans les différents États membres restent compatibles avec les acquis de la présente directive⁽⁴⁶⁾.

Nous observerons en marge que, selon certains, le régime de l'article 12 pourrait constituer un mécanisme prometteur pour la mise en place de licences destinées aux plateformes de partage visées à l'article 17 (examiné ci-après).

À première vue séduisant, le régime de l'article 12 a cependant donné lieu à certaines critiques qui lui ont notamment adressé les reproches suivants : il offre une solution territoriale à un problème de portée européenne (1) ; il impose des conditions contraignantes – notamment celle de représentativité – qui affaiblit son potentiel d'application face à un très grand nombre d'œuvres accessibles sur les différentes plateformes de partage en ligne (2) ; il n'a, à l'heure actuelle, qu'une application peu répandue dans les États membres (3)⁽⁴⁷⁾.

6.3. Disponibilité et accès à des œuvres audiovisuelles sur les plateformes vidéo à la demande (article 13).

Le troisième chapitre est composé d'un seul article qui impose aux États membres de prévoir des mécanismes destinés à faciliter la conclusion de

(44) Voy. aussi en ce sens les termes de l'art. 12, 4, de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(45) La « clause *opt-out* » permet aux titulaires de droits qui n'ont pas autorisé les organismes de gestion de droits d'exclure, à tout moment et de manière effective, leurs œuvres ou autre objet protégés du mécanisme d'octroi de licence.

(46) Considérant 46 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(47) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive: a critical look », *op. cit.*, p. 14.

contrats relatifs à l'exploitation en ligne d'œuvres audiovisuelles sur des services de vidéo à la demande.

Pour ce faire, les États membres doivent assurer la disponibilité d'organismes impartiaux ou de médiateurs capables de dispenser des conseils professionnels afin d'aider les parties à négocier des licences pour des services de vidéo à la demande⁽⁴⁸⁾. La participation à ce mécanisme de négociation intervient sur une base volontaire et ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle des parties.

6.4. Œuvres d'art. Visuel du domaine public (article 14).

Le dernier chapitre se constitue également d'une disposition unique – laquelle a été introduite au cours du processus législatif.

L'article porte que lorsque la durée de protection d'une œuvre d'art visuel est arrivée à expiration, tout matériel issu d'un acte de reproduction de cette œuvre ne peut être soumis au droit d'auteur ni aux droits voisins, à moins que le matériel issu de cet acte de reproduction ne soit original, en ce sens qu'il *constitue* la création intellectuelle propre à son auteur⁽⁴⁹⁾.

Cette disposition garantit la liberté de copier et de diffuser la reproduction fidèle d'une œuvre d'art visuel, lorsque l'œuvre qui fait l'objet de la reproduction est tombée dans le domaine public, et lorsque sa reproduction n'est qu'une reproduction fidèle dépourvue d'originalité. Le but est de contribuer à l'accès et à la promotion de la culture.

L'article 14 a pour effet d'écarter la protection – non seulement par le droit d'auteur, mais aussi par les droits voisins – d'un matériel qui ne répond pas à la définition de l'originalité telle qu'elle a été donnée par la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁵⁰⁾. On relèvera à cet égard que le lien entre la notion d'originalité et la définition qui en a été donnée par la Cour se trouve expressément consolidé dans la législation de l'Union⁽⁵¹⁾.

L'intitulé de l'article 14 fait explicitement référence au domaine public, ce qui n'a pas manqué d'être mentionné⁽⁵²⁾. Mais par ailleurs, la disposition ne concerne que les œuvres d'art visuels, même si elle ne se limite pas à conforter

(48) Considérant 52 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(49) Considérant 53 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(50) E. ROSATI, « DSM Directive Series #3 : How far does Article 14 goes ? », disponible sur : <http://ipkitten.blogspot.com/2019/04/dsm-directive-series-3-how-far-does.html>, publié le 9 avril 2019, consulté le 16 octobre 2019.

(51) Art. 14 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(52) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive: a critical look », *op. cit.*, p. 15.



le bénéfice de l'exception de conservation (alors que c'était l'intention du législateur au départ)⁽⁵³⁾.

7. Mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur. Le titre IV est composé de trois chapitres traitant respectivement des droits des éditeurs sur des publications de presse en ligne et de la compensation équitable ; des utilisations particulières – par des services en lignes – de contenus protégés ; ainsi que d'une juste rémunération des titulaires de droits dans le cadre des contrats d'exploitation. Ce titre contient les dispositions les plus controversées de la directive.

7.1. Droits sur les publications (article 15).

Ratio legis. La première mesure qui vise à garantir le bon fonctionnement du marché, à travers une presse libre et pluraliste, introduit un nouveau droit voisin dans le but d'assurer la pérennité du secteur de l'édition de presse de même que la disponibilité des informations fiables⁽⁵⁴⁾. En effet, la large présence des publications en ligne a mis en évidence la difficulté pour les maisons d'édition d'avoir un retour sur investissement en raison des complications à conclure des licences avec les prestataires de la société de l'information, à défaut pour elles de posséder la qualité de titulaire de droits⁽⁵⁵⁾.

Bénéficiaires. Afin de protéger l'investissement des « éditeurs de publication de presse »⁽⁵⁶⁾ et faciliter l'octroi des licences à l'intention des prestataires de la société de l'information, le législateur de l'Union introduit ce nouveau droit voisin au profit des éditeurs qui sont établis dans un État membre ou qui y ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal⁽⁵⁷⁾. Ce droit couvre la reproduction et la mise à disposition en ligne des « publications de presse » par les fournisseurs de services de la société de l'information.

La notion de « publication de presse »⁽⁵⁸⁾ vise les publications journalistiques publiées dans les médias (sous quelque forme que ce soit, cela vaut même pour le format papier), dans le contexte d'une activité économique qui constitue une fourniture de service en vertu du droit de l'Union.

(53) T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 408.

(54) Considérant 55 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(55) Considérant 54 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(56) Nous pouvons lire au considérant 54 la définition : « les prestataires de services, tels que les éditeurs de presse ou les agences de presse, lorsqu'ils publient des publications de presse au sens de la présente directive ».

(57) Art. 15, § 1^{er}, et considérant 55 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(58) Défini par l'art. 2, § 4, et le considérant 56 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*



Cela recouvre à titre d'exemple : les journaux quotidiens, les magazines hebdomadaires ou mensuels (généralistes ou spécialisés), les magazines vendus sur abonnement et des sites internet d'informations⁽⁵⁹⁾. Toutefois, cela ne couvre ni les publications périodiques publiés à des fins scientifiques ou universitaires ni les sites internet (tels que des blogs) – à défaut pour ces derniers d'être soumis à un contrôle éditorial d'un fournisseur de service tel que l'éditeur de presse⁽⁶⁰⁾.

Modèle de fonctionnement. L'article 15, paragraphe 1^{er}, stipule que le droit sur les publications ne s'applique pas : aux utilisations privées et non commerciales de publication de presse par des utilisateurs individuels ; aux actes d'hyperliens ; aux mots isolés ou aux très courts extraits d'une publication de presse⁽⁶¹⁾. Dans cette dernière hypothèse, le considérant 58 de la directive DSM justifie l'exclusion par le fait que ce genre d'utilisation ne fragilise pas les investissements effectués par les éditeurs de presse dans la production du contenu et dès lors, les termes « très court extraits » nécessitent une interprétation stricte. De plus, les actes non couverts par la disposition en cause restent soumis aux législations antérieures⁽⁶²⁾.

L'article 15, paragraphe 2, précise que ces nouveaux droits existent indépendamment des droits d'auteur et des droits voisins sur les œuvres et objets protégés et intégrés dans une publication de presse.

Ces droits expirent deux ans après que la publication de presse a été publiée, en vertu de l'article 15, paragraphe 4, et ne valent qu'à l'égard des publications postérieures au 6 juin 2019.

Enfin, une chose importante fut précisée à l'article 15, paragraphe 5 : les auteurs d'une œuvre intégrée dans une publication de presse reçoivent une « part appropriée des revenus » que les éditeurs de presse perçoivent des fournisseurs de services de la société de l'information, pour l'utilisation de leurs publications de presse. Sont ainsi visés non seulement les auteurs d'œuvres littéraires, mais aussi les auteurs de photos et vidéos – ce qui rendra particulièrement complexe la tâche d'apprécier la « part appropriée des revenus ».

Commentaire. Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre. Selon certains commentateurs, cet article favoriserait les géants du Web tel que *Google News* (capable de payer le prix par opposition aux petits fournisseurs de contenus en ligne), et en outre elle pourrait contribuer à la propagation de *fake news* du fait

(59) Considérant 56 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(60) Considérant 56 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(61) Considérants 57 et 58 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(62) Considérants 55 et 57 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

qu'elle rend payante la reproduction des extraits de publication de presse⁽⁶³⁾. Par ailleurs, des législations similaires en Espagne et en Allemagne, ont montré les limites de ce mécanisme⁽⁶⁴⁾. Dès lors, se pose la question de savoir si une clause de renonciation n'aurait pas dû être expressément prévue au profit des éditeurs de presse⁽⁶⁵⁾.

7.2. Demande de compensation équitable (article 16).

La deuxième mesure visée par la directive DSM, pour garantir le bon fonctionnement du marché, vise la situation où un auteur a transféré ou octroyé sous licence un droit à l'éditeur. Ce transfert ou cette licence représente une base juridique suffisante pour permettre à l'éditeur d'exiger en sa faveur une part de la compensation équitable qui est versée aux auteurs pour les utilisations faites dans le cadre des exceptions ou des limitations⁽⁶⁶⁾.

Cette disposition constitue une réponse législative à l'arrêt *Reprobel*⁽⁶⁷⁾. À l'occasion de ce dernier arrêt, le juge de l'Union avait refusé l'octroi aux éditeurs d'une part de la compensation équitable revenant aux auteurs, dès lors que les éditeurs ne sont pas des titulaires et que le bénéfice qu'ils réclamaient aurait privé les auteurs de tout ou partie de la compensation qui revenait à ces derniers en réparation d'un préjudice qui leur était personnel.

Si la nouvelle disposition est d'importance pour les autres États membres, elle l'est un peu moins pour la Belgique depuis l'adoption de la loi du 22 décembre 2016 modifiant certaines exceptions en matière de droit d'auteur et droits voisins (notamment l'exception de reprographie et de la copie privée), laquelle octroie une compensation au profit des éditeurs pour un préjudice qui est propre à ces derniers⁽⁶⁸⁾.

7.3. Utilisations de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (article 17).

Ratio legis. Le deuxième chapitre du titre IV contient un article unique – mais fort nourri – qui a fait objet de nombreux débats.

(63) F. BRISON *et al.*, « Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 39.

(64) E. ROSATI, « The proposed press publishers' right : an actual solution ? », disponible sur : https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2017/09/2017-09-06_Better-Regulation-for-Copyright-Academics-meet-Policy-Makers_Proceedings.pdf, publié le 6 septembre 2017, consulté le 17 octobre 2019, p. 6.

(65) E. ROSATI, « DSM Directive Series #2 : Is the press publishers' right waivable ? », disponible sur : <http://ipkitten.blogspot.com/2019/04/dsm-directive-series-2-is-press.html>, publié le 1^{er} avril 2019, consulté le 17 octobre 2019. Voy. également F. BRISON *et al.*, « Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*

(66) Considérant 60 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(67) C.J., 12 novembre 2015, C-572/13, aff. *Hewett-Packard Belgium SPRL c. Reprobel SCRL*, pt 47.

(68) Pour plus d'informations nous vous invitons à lire les art. XI.138/1 à 3 du Code de droit économique tels que modifiés par la loi du 22 décembre 2016 modifiant certaines dispositions du livre XI du Code de droit économique, *M.B.*, 29 décembre 2016.



Au départ de cet article, il y a le constat, d'une part, que le fonctionnement du marché en ligne a gagné en diversité et en facilité d'accès aux contenus en ligne (spécialement les contenus culturels), et d'autre part, que ces contenus sont souvent mis en ligne sans l'autorisation de leurs titulaires⁽⁶⁹⁾.

À cela s'ajoutent l'incapacité des titulaires de droit à déterminer si et dans quelles mesures, leurs œuvres et autres objets protégés sont utilisés, et leur impuissance à obtenir une rémunération appropriée en contrepartie d'une telle utilisation massive par les prestataires de services en ligne⁽⁷⁰⁾.

Dans ce contexte, l'article 17 a été conçu comme un moyen pour faire face à un déséquilibre (que l'on désigne communément par l'expression de « *value gap* ») entre, d'un côté, la présence en masse d'œuvres générant des profits considérables pour les plateformes en ligne (le cas échéant *via* des revenus publicitaires) et, de l'autre, un manque à gagner significatif subi par les titulaires de droits.

La mise en place de l'article 17 s'inscrit en outre dans une politique plus large de l'Union européenne visant à renforcer la responsabilité des plateformes en ligne par des mécanismes de contrôle destinés, notamment, à combattre la mise en ligne non autorisée de contenus protégés. Cette disposition est vue comme un moyen pour rétablir l'équilibre entre le droit fondamental des auteurs à la protection de leur propriété intellectuelle sur leurs œuvres et les autres droits fondamentaux en présence⁽⁷¹⁾ (tels que, à titre d'exemple, la liberté d'entreprendre des prestataires de services en ligne).

Parties visées par l'article 17. L'article 17 s'applique aux « fournisseurs de service de partage de contenus en ligne ». Cette dernière notion, définie à l'article 2, paragraphe 6, de la directive DSM, vise le « fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importantes d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives » (ci-après ces fournisseurs seront régulièrement désignés sous l'expression de « plateformes »).

Les prestataires ainsi visés englobent des plateformes comme *Youtube*, *Facebook*, *Vimeo*, *Dailymotion* ainsi que toutes les autres plateformes susceptibles

(69) Considérant 61 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(70) Considérant 61 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(71) Voy. à ce sujet les réflexions complémentaires relatives aux propositions européennes du 14 septembre 2016 visant à instituer un meilleur partage de la valeur lors de la mise à disposition par la voie électronique d'œuvres et d'éléments protégés par l'A.L.A.I. (Association littéraire et artistique internationale), tenu à Paris, disponible à l'adresse suivante : <https://www.alai.org/assets/files/resolutions/171016-alai-reflexions-complementaires-value-gap.pdf>, publié le 16 octobre 2017, consulté le 18 octobre 2019, p. 1.

de rentrer dans la large définition donnée par la directive, et qui jouent un rôle clé sur le marché des contenus en ligne⁽⁷²⁾.

Le considérant 62 de la directive exclut du champ d'application de cet article, les fournisseurs de services qui ne poursuivent pas un but lucratif, tels que : les plateformes de développement et de partage de logiciel libre (à titre d'exemple « Dropbox »), les répertoires scientifiques et éducatifs (par exemple une base documentaire d'un centre de recherche), les encyclopédies en ligne (comme par exemple « Wikipédia »).

Le considérant précise en outre que l'article 17 – et en particulier le mécanisme exonératoire de responsabilité figurant au paragraphe 4 – ne s'applique pas aux plateformes dont l'objectif est de se livrer à du piratage de droit d'auteur, ou de faciliter un tel piratage.

Les plateformes visées par l'article 17 se voient imposer un certain nombre d'obligations – lesquelles sont détaillées ci-après. Mais par ailleurs, elles bénéficient également (ainsi que les utilisateurs de leurs services, c'est-à-dire les internautes) de certaines garanties, à savoir, notamment : les utilisations faites par les internautes seront couvertes par les accords de licence entre les plateformes et les titulaires de droits, pour autant qu'elles n'engendrent pas de revenus significatifs (article 17, paragraphe 2) (1) ; certaines informations pertinentes et nécessaires devront être fournies par les titulaires de droits aux plateformes dans l'hypothèse où celles-ci sont tenues d'assurer l'indisponibilité d'œuvres⁽⁷³⁾ (2) ; lorsqu'ils demandent des mesures de blocage ou de retrait de contenus protégés les titulaires de droits doivent justifier leur demande auprès des plateformes (article 17, paragraphe 9) (3) ; les utilisateurs peuvent, en vertu de l'article 17, paragraphe 7, se prévaloir des exceptions et des limitations au droit d'auteur et aux droits voisins (4).

Modèle de fonctionnement. L'article 17, paragraphe 1^{er}, énonce que les plateformes effectuent un acte de communication au public ou un acte de mise à disposition du public, lorsqu'elles donnent accès au public à des œuvres ou objets protégés par le droit d'auteur qui ont été téléversés par les utilisateurs. Par conséquent, les plateformes doivent obtenir l'autorisation des titulaires de droits, par exemple en concluant un accord de licence, en vue de pouvoir procéder à un tel acte (article 17, paragraphe 1^{er}, alinéa 2). C'est donc un marché de licences entre les plateformes et les ayants droit que la directive DSM tend à favoriser⁽⁷⁴⁾.

(72) Considérant 62 de la directive (UE) 2019/790, préc.

(73) Art. 17, § 4, al. 2, b, de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(74) F. BRISON *et al.*, « Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 42.



Régime spécifique de responsabilité. Les plateformes qui procèdent à un acte de communication au public ou un acte de mise à disposition du public, ne bénéficient pas de la limitation de responsabilité prévue par l'article 14, paragraphe 1^{er}, de la directive 2000/31/CE relative au commerce électronique qui couvre les activités d'hébergement (activité de stockage d'informations fournies par des tiers). Pour rappel, cette dernière limitation prévoit en substance que l'hébergeur n'est pas responsable des informations illicites s'il n'en a pas connaissance, et si, dès qu'il en a connaissance, il agit promptement pour retirer les informations⁽⁷⁵⁾. Ce dernier régime ne s'applique donc pas aux plateformes pour ce qui concerne les aspects de droit d'auteur réglés par la directive DSM. En lieu et place de ce régime, la directive DSM prévoit un régime particulier qui comporte des obligations spécifiques à charge des plateformes.

Contenu du régime de responsabilité. Le régime de responsabilité des plateformes est réglé de la manière suivante :

(i) Obligation d'obtenir une autorisation des titulaires de droits ;

L'article 17, paragraphes 1^{er} et 2, porte que la plateforme doit obtenir une autorisation des titulaires de droits, sous forme d'un accord de licence⁽⁷⁶⁾ – cet accord couvrant les actes accomplis par les utilisateurs des services si ceux-ci n'agissent pas à titre commercial.

(ii) Si aucune autorisation des titulaires de droits n'est accordée, les plateformes sont responsables des actes non autorisés de communication au public à moins qu'elles ne démontrent qu'elles se sont conformées aux conditions cumulatives suivantes (article 17, paragraphe 4) : elles ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation (1) ; elles ont fourni leurs meilleurs efforts pour garantir l'indisponibilité d'œuvres (et autres objets protégés) spécifiques pour lesquels les titulaires de droits leur ont fourni les informations pertinentes et nécessaires (2) ; et elles ont agi promptement, après notification suffisamment motivée des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres (ou objets protégés) notifiées ou pour les retirer et elles ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher le téléversement de ces œuvres (ou objets protégés) dans le futur (3). La deuxième condition semble *de facto* impliquer le recours à un outil de filtrage. La troisième condition, quant à elle, correspond aux mécanismes connus

(75) Art. 14, § 1^{er}, de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société d'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.*, L 178, du 17 juillet 2000, ci-après « directive sur le commerce électronique ».

(76) Quoique le § 2 de l'article laisse à croire que ce n'est pas un modèle exclusif et qu'il y en a d'autres par les termes suivants : « par exemple en concluant un accord de licence ».

sous les expressions de « *notice and take down* » – mécanisme utilisé dans le cadre de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique – et « *notice and stay down* »⁽⁷⁷⁾.

Il est clair que le respect des deuxième et troisième conditions comporte, dans une certaine mesure, une obligation de surveillance de la part des plateformes. Cela étant, cette obligation ne peut toutefois se muer en une obligation « générale » de surveillance, sous peine de violer l'article 17, paragraphe 8, qui prescrit que l'application de cette disposition ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance.

Pour déterminer si les plateformes respectent leurs obligations, il convient de tenir compte du principe de proportionnalité ainsi que de plusieurs paramètres expressément mentionnés dans la disposition.

Premièrement, l'article 17, paragraphe 5, précise qu'il sera tenu compte d'éléments (non-exhaustifs) tels que le type, l'audience et la taille du service, le type d'œuvres téléchargés ainsi que la disponibilité de moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les plateformes. Deuxièmement, à l'égard de jeunes plateformes qui sont encore en phase de lancement, la directive prévoit un régime assoupli, en ce sens que l'opérateur est dispensé de respecter la deuxième condition (article 17, paragraphe 6). Troisièmement, l'article 17, paragraphe 7, vise à éviter que l'application de l'article 17 ne mène à empêcher la mise en ligne qui ne porterait pas atteinte au droit d'auteur, par exemple parce que cette mise en ligne tomberait sous une exception ou une limitation (en particulier la citation, critique, revue, ou parodie – exceptions dont les internautes doivent impérativement pouvoir se prévaloir aux termes de l'article 17, paragraphe 7, alinéa 2). Quatrièmement, la directive entend permettre aux utilisateurs de s'opposer aux demandes abusives de blocage ou de retrait introduites par les titulaires de droits, *via* des mécanismes de résolution de litige rapides et efficaces (article 17, paragraphe 9) ; en outre, elle interdit toute identification d'utilisateur ou traitement de données qui ne serait pas conforme à la réglementation en vigueur (article 17, paragraphe 9)⁽⁷⁸⁾. Enfin, en vertu de l'article 17, paragraphe 10, la Commission est chargée d'or-

(77) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive: a critical look », *op. cit.*, p. 19.

(78) Considérant 70 de la directive (UE) 2019/790, préc. Voy. directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.*, L 201, du 31 juillet 2002 et Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.*, L 119, du 4 mai 2016.



ganiser des dialogues avec les parties intéressées afin d'assurer la meilleure coopération possible entre les plateformes et les titulaires de droits.

En résumé, le nouveau cadre instaure un nouveau régime de responsabilité dans le chef des plateformes actives à grande échelle, il aménage un régime de responsabilité plus léger pour les petites entreprises encore en phase de démarrage et il permet d'innocenter largement les actes de téléversements effectués par les internautes⁽⁷⁹⁾.

Commentaire. Les interrogations et critiques suscitées par l'article 17 sont nombreuses. Il ne rentre pas dans les objectifs de cette contribution de les traiter. Il suffit d'en signaler quelques-unes. Ainsi, il est souvent reproché à l'article 17 d'imposer un système de filtrage automatisé qui risque de mener à des blocages d'accès abusifs et à grande échelle – faute pour la technique de pouvoir distinguer les contenus infractionnels des contenus licites (par exemple ceux couverts par une exception)⁽⁸⁰⁾. Dans ce contexte, il a régulièrement été soutenu que l'article 17 risquait de se révéler incompatible avec les acquis communautaires en matière d'équilibre des droits fondamentaux et avec la Charte des droits fondamentaux⁽⁸¹⁾.

7.4 Juste rémunération des auteurs et artistes interprètes ou exécutants dans le cadre des contrats d'exploitation (articles 18 à 23).

Ratio legis. Ce dernier chapitre du titre IV est l'un des plus longs de la directive. Il ne contient pas moins de cinq dispositions qui seront brièvement commentées ici, dans l'ordre. Ce chapitre vise à offrir une meilleure protection aux auteurs et artistes-interprètes (ci-après désignés sous l'expression de « créateurs ») en raison de leur position contractuelle moins favorable lorsqu'ils octroient des licences ou transfèrent des droits⁽⁸²⁾.

Rémunération appropriée. L'article 18 énonce le principe d'une rémunération appropriée et proportionnelle pour les créateurs concédant, sous licence, l'exploitation de leurs œuvres ou objets. Le considérant 73 envisage la possibilité d'une rémunération forfaitaire sans en faire une règle, laissant ainsi une marge de manœuvre aux États membres lors de la transposition.

Obligation de transparence. L'article 19 de la directive DSM prévoit, aux profits des créateurs, une obligation d'information régulière, pertinente et complète,

(79) T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 409.

(80) F. BRISON *et al.*, « Actualités législatives en droit d'auteur », *op. cit.*, p. 44.

(81) J. P. QUINTAIS, « The new copyright in the Digital single market directive: a critical look », *op. cit.*, p. 19.

(82) Considérant 72 de la directive (UE) 2019/790, préc.



qui tient compte des spécificités des secteurs. Cette obligation porte sur l'exploitation des œuvres/objets, sur l'ensemble des revenus générés et sur la rémunération due. L'objectif est de permettre aux créateurs – compte tenu de leurs positions fragiles – de mieux évaluer sur la durée la valeur économique de leurs droits par rapport à la rémunération perçue en contrepartie de leur licence ou transfert⁽⁸³⁾.

Pour apprécier le respect de cette obligation de transparence⁽⁸⁴⁾, la directive prévoit entre autres que les États membres : devront tenir compte de la spécificité de chaque secteur de contenu (1) ; devront tenir compte de l'importance de l'investissement des créateurs dans l'ensemble de l'œuvre (2) ; peuvent décider d'opter pour des négociations collectives, à condition que celles-ci offrent le même niveau de transparence (3).

Mécanismes d'adaptation des contrats. L'article 20 de la directive accorde aux créateurs le droit de réclamer une rémunération supplémentaire appropriée et juste, afin d'ajuster la rémunération initialement convenue, dans l'hypothèse où celle-ci se révèle exagérément faible par rapport aux revenus ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou prestations⁽⁸⁵⁾. Nous observerons que ce mécanisme ne s'applique pas aux accords conclus par les organismes de gestion collective et les entités de gestion indépendantes car ceux-ci sont soumis aux règles nationales transposant la directive 2014/26 relative à la gestion collective⁽⁸⁶⁾.

Procédure. Selon l'article 21, les litiges relatifs à l'obligation de transparence et au mécanisme d'ajustement de rémunération exposés ci-dessus, peuvent être soumis à une procédure volontaire de règlement extrajudiciaire des litiges à l'initiative des organismes de gestion collective de droits⁽⁸⁷⁾.

Droit de révocation. L'article 22 a pour objectif de permettre aux créateurs de révoquer (totalement ou partiellement) le transfert ou la licence de droits qu'ils ont concédée en cas de non-exploitation de leurs œuvres ou prestations. Ce droit ne peut être exercé qu'après l'écoulement d'un délai raisonnable depuis la conclusion du contrat. L'article en son paragraphe 2, identifie une liste de facteurs dont les législations nationales devront en tenir compte, tels que : la spécificité du secteur en cause, l'importance de la contribution des créateurs, ou l'intérêt légitime des autres créateurs concernés. Les États membres peuvent

(83) Considérant 75 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(84) Considérant 77 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(85) Considérant 78 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(86) *Ibid.*, al. 2.

(87) Considérant 79 de la directive (UE) 2019/790, *préc.*

même exclure l'application de ce droit aux œuvres issues d'une pluralité d'auteurs⁽⁸⁸⁾.

Enfin, toute disposition contractuelle qui empêche le respect des articles 19 à 22 (l'obligation de transparence, mécanisme d'ajustement contractuel et la procédure extrajudiciaire) sera inopposables aux créateurs⁽⁸⁹⁾.

Commentaire. De manière générale, ces nouveaux droits contractuels tiennent compte des spécificités de chaque secteur de contenu et prennent en considération la plus-value des accords collectifs. De plus, les dispositions en cause ont été rédigées dans des termes qui laissent une large marge d'appréciation aux États membres. Par conséquent, leur mise en œuvre au plan national est susceptible de générer des divergences et donc de nouveaux défis à l'avenir⁽⁹⁰⁾.

8. Dispositions finales. Le titre V contient les dispositions relatives à l'application dans le temps (article 26) de la directive. Celle-ci doit être transposée au plus tard le 7 juin 2021 (article 29). Elle s'applique aux œuvres et objets qui sont protégés par le droit national en matière de droit d'auteur au 7 juin 2021 ou après cette date. Elle s'applique sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 7 juin 2021.

Par ailleurs, les contrats de licence et autres accords d'exploitation avec les créateurs ne sont soumis à l'obligation de transparence de l'article 19 qu'à partir du 7 juin 2022.

Enfin, l'article 30 offre la possibilité de procéder à un réexamen de la directive au plus tôt le 7 juin 2026.

9. Conclusion. Au départ conçue comme un instrument législatif orienté solution, la directive est devenue un texte lourd et alambiqué, regorgeant de dispositions problématiques en raison de leur complexité et de leurs ambiguïtés, au prix de la sécurité juridique.

Un des principaux objectifs de la directive DSM était de prévoir un cadre juridique clair et précis, pouvant répondre aux insécurités juridiques résultant de l'évolution technologique. De nouveaux acteurs et de nouvelles manières d'exploiter les œuvres ont émergé, incitant le législateur européen à adopter – non sans controverse – des règles avec des fondements parfois davantage politiques que juridiques. À titre d'exemple, nombreux sont ceux qui estiment que le droit des éditeurs de presse a fini par s'infléchir devant les lobbyings favorisant de la sorte le marché de la publicité en ligne et des grands acteurs. Par ailleurs,

(88) Considérant 80 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(89) Article 23 de la directive (UE) 2019/790, *ibid.*

(90) T. SHAPIRO et S. HANSSON, « The DSM Copyright Directive: EU Copyright Will Indeed Never Be the Same », *op. cit.*, p. 414.

le nouveau régime applicable aux plateformes est de nature à pousser ces dernières vers des outils algorithmiques – issus du secteur privé – afin de pouvoir remplir leurs obligations.

D'un autre point de vue, il a parfois été dit que la directive DSM a partiellement affaibli les droits d'auteur par des dispositions telles que celles qui génèrent : « l'interdiction des dérogations contractuelles, une protection plus faible des mesures techniques de protection dans certains cas ; une gestion collective accrue au détriment des licences individuelles »⁽⁹¹⁾ ou des nouvelles règles jugées trop étroites ou manquant de clarté.

Quoi qu'il en soit, abstraction faite des dispositions les plus controversées (articles 15 et 17), cet instrument fixe des règles importantes pour l'avenir. Pour n'en citer que quelques-unes : les nouvelles exceptions obligatoires, l'octroi des licences à effet étendu ou encore la rémunération appropriée pour les auteurs et les artistes-interprètes.

À cet égard, malgré des visions parfois fort divergentes quant à la plus-value de cet instrument législatif, il convient d'en souligner certains mérites sur le plan de l'harmonisation.

(91) *Ibid.*, p. 404.