

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'exploitation des œuvres

Dusollier, Séverine

*Published in:*

Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas

*Publication date:*

2014

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2014, L'exploitation des œuvres: une notion centrale en droit d'auteur. dans *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*. LexisNexis, Paris, pp. 265-275.

### 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.

## L'EXPLOITATION DES ŒUVRES : UNE NOTION CENTRALE EN DROIT D'AUTEUR

Séverine DUSOLLIER

« Ce qui déclenche l'application du droit exclusif est un acte d'exploitation »

André LUCAS

Il est des affirmations de certains auteurs que l'on emporte avec soi, qui trottent dans un coin de la tête et s'imposent sans cesse dans nos propres réflexions. Elles ne sont pas nécessairement révolutionnaires. Souvent elles rappellent des évidences, qui tendent toutefois à être oubliées ou vite remisées, mais dont on ne peut cependant se défaire et qui sans cesse nous forcent à revenir à l'essentiel.

C'est le cas de cette phrase du professeur Lucas, « ce qui déclenche l'application du droit exclusif est un acte d'exploitation »<sup>1</sup>. Croisée<sup>2</sup> au détour de *Droit d'auteur et numérique*, qui fut un des premiers ouvrages écrits sur le droit d'auteur et la révolution Internet, elle allait guider ma réflexion tout au long de mon écriture de thèse et s'ajouter aux multiples idées et savoirs que je puisais (et puisais toujours) à cette source riche et luxurieuse que constituent les écrits du professeur Lucas.

Avoir la chance de lire et relire la plume d'André Lucas est précieux tant on y trouve sans cesse inspiration et matière à penser. Le rencontrer est encore plus enrichissant. Ses encouragements après un de mes premiers exposés lors d'une conférence bruxelloise, alors toute jeune chercheuse, nos discussions récurrentes ensuite sur un droit d'auteur dont nous regrettons qu'il soit malmené dans sa légitimité par ses opposants et dans sa cohérence par les législateurs et un Demy partagé sous forme de clin d'œil à Nantes lors de ma soutenance de thèse sont

---

1. A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, coll. « Droit@Litec », 1998, p. 130, n° 257.

2. Cette phrase se retrouve ensuite dans les éditions successives du *Traité de la propriété littéraire et artistique*, et notamment dans son édition de 2012, au paragraphe 263.

### A. – L'insuffisance de critères techniques

C'est surtout en matière de droit de reproduction que le *diktat* technique a eu la vie belle. Loin d'une approche française liant la notion de la copie soumise au droit d'auteur à la possibilité de sa perception par le public<sup>8</sup>, le législateur européen définit la reproduction comme la simple fixation ou duplication technique. Le ver s'introduit dans le fruit à la faveur de la copie provisoire. Dès l'apparition des logiciels comme objets de protection, la question de la qualification de fixations techniques en tant que reproductions soumises au droit d'auteur se pose. Faut-il considérer qu'une copie, et c'en est bien une sur le plan technique puisque le contenu est dupliqué ne fût-ce que fugitivement, est une copie au sens juridique ?

C'est le choix qu'a fait le législateur communautaire en considérant que toute copie même transitoire, éphémère, provisoire, entraine dans la définition du droit de reproduction. Il s'agit là d'une approche purement technique que l'exception pour copie provisoire, visée à l'article 5(1) de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information, tente de corriger pour autant qu'un mélange de conditions techniques et économiques soit satisfait. Les copies doivent être transitoires ou accessoires et constituer une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique. La dimension purement technique de ces critères a encore été renforcée par la Cour de Luxembourg qui requiert une automatisation de la suppression des copies provisoires à l'expiration de la durée nécessaire pour le bon fonctionnement du procédé technique concerné<sup>9</sup>.

Les autres conditions traduisent davantage une approche économique et fonctionnelle. La finalité des actes de reproduction provisoire doit être de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite d'une œuvre ou d'un objet protégé, et ne pas avoir de signification économique indépendante<sup>10</sup>.

La Cour de justice européenne a défini ce dernier critère comme signifiant que « l'avantage économique tiré de leur mise en œuvre ne doit être ni distinct ni séparable de l'avantage économique tiré de l'utilisation licite de l'œuvre concernée et il ne doit pas générer un avantage économique supplémentaire, allant au-delà de celui tiré de ladite utilisation de l'œuvre

8. V. CPI, art. L. 122-3 : « La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ».

9. CJUE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq I*, § 64. – V. également CJUE, 17 janv. 2012, aff. C-302/10, *Infopaq II*, § 30 (la notion de la « partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » requiert que les actes de reproduction provisoires soient entièrement effectués dans le cadre de la mise en œuvre d'un procédé technique et qu'ils ne soient donc pas réalisés, totalement ou partiellement, en dehors d'un tel procédé).

10. La loi française a substitué à l'absence de signification économique indépendante, l'absence de valeur économique propre, ce qui ne semble pas prêter à conséquence (V. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *op. cit.*, n° 372).

protégée »<sup>11</sup>. Le raisonnement retombe en réalité sur la notion d'exploitation, quoiqu'une exploitation vue sous la loupe économique, en considérant qu'« un avantage tiré d'un acte de reproduction provisoire est distinct et séparable si l'auteur de cet acte est susceptible de réaliser des bénéfices en raison de l'exploitation économique de reproductions provisoires elles-mêmes »<sup>12</sup>. Ce qui déclenche l'exception au droit de reproduction ici est donc l'absence d'exploitation indépendante de la copie provisoire.

A *contrario*, il apparaît que l'exploitation économique est le critère qui permet de délimiter l'étendue du droit de reproduction. La technique du législateur européen, ainsi appliquée par ses juges, soit la confirmation de l'emprise du droit exclusif sur tous les actes techniques de copie à laquelle échappent certaines copies par le truchement d'une exception définie par l'absence d'exploitation<sup>13</sup>, n'est pas neutre. Ce qu'on soustrait au droit exclusif par l'exception n'est en effet pas équivalent à ce qu'on définit positivement comme appartenant au pouvoir exclusif des titulaires de droit d'auteur. L'exception est interprétée strictement et est soumise au test des trois étapes<sup>14</sup>. Plus fondamentalement, les diverses conditions requises pour l'exception de copie provisoire autorisent de multiples circonvolutions dans la définition de l'espace de réservation et un découpage d'un seul acte d'exploitation en divers actes de copies qui perd la vue d'ensemble d'un seul processus<sup>15</sup>.

Seules les copies qui génèrent donc un acte d'exploitation distinct du processus technique dont elles font partie devraient être soumises au droit de reproduction<sup>16</sup>. Dans ses conclusions pour l'affaire *Football Association Premier League*, l'avocate générale Kokott avait d'ailleurs estimé que « les conditions posées à l'article 5, paragraphe 1, de la directive n° 2001/29 visent à permettre des actes de reproduction requis pour l'exploitation à proprement parler. (...) En principe, la valeur de tels actes de reproduction ne va pas au-delà de la signification économique de l'exploitation »<sup>17</sup>.

11. *Infopaq II*, *op. cit.*, § 50 (le cas soumis à la Cour relevait d'une utilisation licite de l'œuvre, mais la même définition du critère devrait s'appliquer en cas de copie transitoire nécessitée par un acte de transmission de l'œuvre sur les réseaux).

12. *Ibid.*, § 52.

13. La transposition de la directive européenne de 2001 par le législateur hollandais a suivi la démarche inverse, ne faisant pas de la reproduction provisoire une exception au droit exclusif, mais bien une limitation de la définition même du droit de reproduction.

14. Même si la Cour de Justice a considéré que le test des trois étapes était respecté si les conditions de l'exception de copie provisoire étaient satisfaites. V. CJUE, 4 oct. 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League e.a. et Murphy*, § 181 ; *Infopaq II*, *op. cit.*, § 56.

15. V.-L. BENABOU, *Jurisprudence Infopaq : que reste-t-il au juge national pour dire le droit d'auteur ?* : RDTI 2009, n° 37, p. 71.

16. S. DUSOLIER, *Technology as an Imperative for Regulating Copyright : From the Public Exploitation to the Private Use of the Work* : EIPR 2005, p. 201-204.

17. Concl. av. gén. présentées le 3 février 2011, aff. C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League*, § 92-93 (il faut noter toutefois qu'elle conclut qu'une exploitation réside dans le simple acte de réception de l'œuvre, ce qui lui permet de considérer que la reproduction provisoire sur un écran de télévision ne doit pas être exempté du champ du droit exclusif. La Cour ne la suivra pas sur ce point).

Le droit de communication échappe plus largement à cette approche technique. Dans une décision récente, la Cour de justice européenne insiste toutefois pour qu'une nouvelle autorisation soit requise, au titre du droit de communication, pour chaque mode technique spécifique de transmission ou de retransmission d'une œuvre<sup>18</sup>. Mais cette approche est de toute manière tempérée par l'exigence d'un caractère public à tout acte de transmission, ce qui rattache ce droit à l'exigence d'une exploitation au sens de la circulation publique de l'œuvre, dont nous parlerons plus loin.

### B. – L'exploitation, une notion économique

Le premier sens de l'exploitation est la mise en valeur du bien, le fait d'en retirer un profit. C'est le *fructus* du droit de propriété. Ce n'est pas la simple utilisation<sup>19</sup>.

La dimension lucrative est en principe indifférente en droit d'auteur, les actes de reproduction ou de communication au public ne requérant aucune intention lucrative ni bénéfice commercial. Toutefois, elle apparaît de manière croissante dans la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit de communication au public qui n'est pas insensible aux avantages économiques qu'un utilisateur d'une œuvre retire d'un acte de communication au public. Ainsi, la diffusion de matches de foot dans un pub anglais y attire la clientèle<sup>20</sup>, la mise à disposition de programmes télévisés dans des chambres d'hôtel augmente le standing et donc les prix de cet établissement<sup>21</sup>, l'intégration de programmes télévisés dans un bouquet satellite développe une offre soumise à un abonnement. L'argument du but lucratif devient plus explicite lorsqu'il s'agit de déterminer l'application d'un droit à rémunération pour actes de communication publique<sup>22</sup>, et plaide en défaveur de la perception d'un tel droit auprès d'un dentiste pour lequel la diffusion de musique dans son cabinet ne procure aucun avantage financier ou en termes de clientèle<sup>23</sup>. Dans une décision plus récente, les juges communautaires admettent toutefois que « le caractère lucratif n'est pas déterminant pour la qualification d'une retransmission, telle que celle en cause au principal, en tant que « communication »<sup>24</sup>, sans pour autant rejeter qu'il puisse peser dans la balance.

Mais la notion d'exploitation ne se résume pas à l'intention lucrative. Parler de mise en valeur renvoie davantage à l'idée de captation d'une valeur économique, sur laquelle peuvent être développés des modèles économiques ou l'offre de produits et de services.

Les juges nationaux semblent également séduits par cette tournure plus économique que juridique. Un bel exemple est l'affaire *Wizzgo*, relative à la reproduction de programmes télévisés à destination des téléspectateurs à des fins de « rattrapage ». Dans une première décision, le tribunal de grande instance de Paris adopte une posture économique en affirmant « qu'il est interdit de créer et s'approprier une richesse économique à partir d'un service de copie d'œuvres ou de programmes audiovisuels qui se soustrait à la rémunération des titulaires des droits de propriété intellectuelle »<sup>25</sup>. Où l'on sent bien que le juge arc-boute son raisonnement sur la capture, par *Wizzgo*, de la valeur des œuvres pour développer son propre modèle commercial, plus que sur une analyse juridique précise des droits et exceptions.

C'est sans doute dans cette capture de valeur qu'il faut ancrer la notion d'exploitation, bien plus que dans celle de profit ou intention de lucre. Sans toutefois aller jusqu'à inclure dans le droit d'auteur tout avantage tiré d'œuvres protégées, même indirect. Certains tentent par exemple de faire dire au juge que les fournisseurs d'accès à Internet bénéficient de la valeur des œuvres protégées par le droit d'auteur, et particulièrement de leur téléchargement non autorisé, par la hausse des ventes de connexions haut débit<sup>26</sup>. C'est aller trop loin : la notion d'exploitation au sens économique du terme ne peut que s'ajouter à la définition des droits de reproduction et de représentation et non s'y substituer. En d'autres termes, il faut en tous les cas qu'un acte de reproduction ou un acte de communication au public soit imputable à l'exploitant pour que s'enclenche le droit d'auteur<sup>27</sup>. Et un dernier critère, plus fonctionnel et se référant à la dissémination publique de l'œuvre, doit encore s'ajouter à la délimitation de la notion d'exploitation.

### C. – L'exploitation comme fonction du droit d'auteur

L'exploitation est la fonction de tous les droits intellectuels. Quels qu'ils soient, droit de marque, de brevet, d'auteur, d'obtention végétale, de dessin ou modèle, ils confèrent à leur titulaire une exclusivité sur l'exploitation de leur

18. CJUE, 7 mars 2013, aff. C-607/11, *ITV Broadcasting*, § 24-26.

19. *Contra*, C. COLIN, *Droit d'utilisation des œuvres*, Bruxelles, Larcier, coll. « CRIDS », 2012, p. 11, § 13, mais elle reconnaît plus loin qu'il ne peut s'agir que d'une utilisation *publique* (p. 180, § 244).

20. *Football Association Premier League*, *op. cit.*

21. CJCE, 7 déc. 2006, aff. C-306/05, *SGAE*, § 44. – CJUE, 15 mars 2012, aff. C-162/10, *Photographic Performance (Ireland) Limited*, § 36-37.

22. CJUE, 15 mars 2012, aff. C-135/10, *SCF c/ Marco del Corso*, § 88.

23. *Ibid.*, § 90-91.

24. *ITV Broadcasting*, *op. cit.*, § 43.

25. TGI Paris, ord. réf., 6 août 2008, disponible sur [http://www.legalis.net/spip.php?page=brevets-article&id\\_article=2405](http://www.legalis.net/spip.php?page=brevets-article&id_article=2405).

26. V. l'action intentée en avril 2013 par la SABAM, société de gestion collective belge, contre plusieurs fournisseurs d'accès à Internet, leur reprochant des actes de communication au public pour les œuvres mises à disposition illégalement par des tiers sur Internet.

27. Ce qui n'empêche pas pour autant de soumettre certains acteurs économiques à une taxe ou une contribution financière en raison de cette captation indirecte de la valeur des œuvres, à l'instar du modèle de la contribution des organismes de télévision à la production cinématographique et audiovisuelle.

création ou signe distinctif. Les droits exclusifs dont est doté chacun de ces droits paraissent *a priori* fort hétérogènes, *reproduction*, *communication* (ou représentation) et *distribution* en droit d'auteur (outre le droit moral), *fabrication* et *utilisation* en brevet, *l'utilisation* (qui couvre notamment la *fabrication*, *l'offre* et la *mise sur le marché* en dessin ou modèle, *utilisation dans la vie des affaires* en marque). Ce florilège de droits obéit toutefois à la notion centrale d'exploitation dont ils ne sont que les déclinaisons, adaptées à l'objet du droit en cause, mais qui traduisent toutes le pouvoir du titulaire du droit de tirer un bénéfice de sa propriété, de son exclusivité. Insister sur cet élément commun à tous les droits intellectuels renforcerait la cohérence du régime de la propriété intellectuelle. Certains suggèrent même que la consécration d'un seul droit, sous l'appellation de *droit d'exploitation*, pourrait s'appliquer à tous les droits intellectuels, droit d'auteur, marque, brevet ou dessin ou modèle<sup>28</sup>.

Pour déterminer ce que signifie cette exploitation dans chaque type de droit intellectuel, il serait sans doute utile d'en référer à la fonction de chacun de ces droits. Les droits exclusifs accordés tendent à réaliser l'objectif de la protection. La Cour de justice européenne a déjà fait l'exercice de ramener l'étendue de la protection du droit de marque et du brevet à ce que leur fonction délimite. Dans une série de décisions, la juridiction communautaire a limité les cas de contrefaçon de marques aux seules utilisations du signe protégé qui portent atteinte à une des fonctions de la marque, à titre principal la fonction d'indication d'origine du produit ou service<sup>29</sup>. Dans la décision *Monsanto*, les juges communautaires ont pareillement réduit la protection du brevet sur une invention biotechnologique à l'invention *en fonction*, c'est-à-dire à la séquence génétique qui est susceptible d'exercer la fonction qui est la sienne<sup>30</sup>. C'est par l'intermédiaire de l'objet du droit que la fonction trouve ainsi à délimiter l'étendue de la protection, ce qui peut se comprendre par l'absence d'une harmonisation des droits de brevet à l'échelon communautaire, la seule harmonisation se limitant à l'objet biotechnologique brevetable.

Il n'existe pas encore de décision des juges de Luxembourg sur ce que devrait être la fonction du droit d'auteur, et encore moins sur sa consécration comme borne marquant le territoire de ses droits exclusifs.

À notre sens, la fonction du droit d'auteur est de permettre la circulation des œuvres dans la sphère publique<sup>31</sup>, ce qu'il réalise en octroyant à l'auteur une

28. A. CHRISTIE, *A Possible Vision of a One Right System for IP, One Right System for IP – Vision Impossible ?*, IPR University Center International Conference, Helsinki, 3 oct. 2008.

29. Not. CJCE, 25 janv. 2007, aff. C-48/05, *Adam Opel*. – CJCE, 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal Bellure*. – CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, C-237/08, C-238/08, *Google*. – CJUE, 22 sept. 2001, aff. C-323/09, *Interflora*.

30. CJUE, 6 juill. 2010, aff. C-428/08, *Monsanto technology*, § 49.

31. Pour plus de développements sur ce point, V. S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 220-240. – V. également V.-L. BENABOU, *Puise à la source du droit d'auteur* : RIDA avr. 2002, p. 51.

maîtrise des actes d'exploitation de l'œuvre qui sont tous relatifs à un mode ou un autre de diffusion de l'œuvre auprès du public, que ce soit directement ou indirectement par le truchement de copies et de leur distribution. Le périmètre de l'exploitation devrait en conséquence être défini par référence à la dimension publique des actes d'utilisation de l'œuvre (qui en réalise justement le saut de l'utilisation vers de l'exploitation). Un acte de copie ou de communication de l'œuvre n'entre dans le champ du droit exclusif que parce qu'il se réalise à destination d'un public et permet directement pour l'acte de communication, indirectement pour l'acte de reproduction, que le public perçoive l'œuvre.

Aussi, l'exploitation ne s'entend pas au sens d'un marché qui permettrait à l'auteur de retirer tout bénéfice de chaque utilisation de l'œuvre<sup>32</sup>. Elle se comprend au contraire au regard de la notion de mise à la disposition de l'œuvre au public, critère qui constitue la limite naturelle du monopole de l'auteur<sup>33</sup>. On retrouve cette idée déjà chez J.-G. Renauld qui considérait que :

« Les différentes facultés du droit d'auteur ne sont pas de simples pouvoirs d'exploitation, strictement limités à l'utilisation de tel ou tel procédé, mais tendent à assurer, chacun dans leur domaine, la maîtrise de l'auteur sur la communication ou la diffusion de son œuvre. (...) La reconnaissance de cette finalité commune aux différents attributs du droit d'auteur présente cet intérêt fondamental de sauvegarder la cohésion interne de celui-ci, les différents droits d'exploitation apparaissant comme autant de manifestations d'une maîtrise fondamentale de l'auteur sur la diffusion de sa création »<sup>34</sup>.

C'est par la fabrication d'exemplaires, par leur reproduction, que l'œuvre parvient au public de lecteurs ; c'est par sa représentation qu'elle parvient au public de spectateurs. En ce sens, le droit d'auteur « favorise la constitution d'un large espace public »<sup>35</sup>. Ces droits accordent à l'auteur le bénéfice d'une réservation économique sur l'œuvre, réservation toutefois conçue dans le seul but de régler le sort de l'exploitation de l'œuvre et de sa circulation dans l'espace public. En d'autres termes, le monopole que détient l'auteur ne lui permet pas, *a priori*, de s'opposer à toute utilisation de son œuvre ni de contrôler l'ensemble du marché, mais uniquement les segments du marché constitués par une exploitation de l'œuvre qui met en jeu ses droits exclusifs, ceux-ci découlant originairement des nécessités de maîtriser la circulation de l'œuvre dans la sphère publique.

32. Le marché gouverne l'exploitation des droits, objets du droit d'auteur, et l'exploitation des supports ou exemplaires de l'œuvre, objets d'un droit de propriété corporelle.

33. En ce sens, D. VISSER, *Auteursrecht op toegang- De exploitatierechten van de auteur in het tijdperk van digitale informatie et netwerkcommunicatie*, 's-Gravenhage, VUGA Uitgeverij, 1997, p. 24. – J. SPOOR, *Copies in continental copyright*, in J. SPOOR et al., *Copies in copyright, Monographs on industrial property and copyright law 4*, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 113 (implicitement).

34. J.-G. RENAULD, *Les destinées récentes du droit de reproduction mécanique et le droit d'auteur*, note ss Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 19 janv. 1956 : *Rev. crit. jurispr. belge* 1956, p. 196.

35. A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright – Divergences et convergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 1993, p. 65.

On trouve un indice de cette approche dans un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne qui a considéré que l'objet spécifique du droit d'auteur visait à « assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à disposition des objets protégés »<sup>36</sup>, ce qui fait le lien entre les perspectives économique et fonctionnelle de la notion d'exploitation. Une autre décision, assez surprenante, peut être comprise comme requérant un élément fonctionnel pour engager le droit de représentation<sup>37</sup>. La télédiffusion d'images générées par l'interface graphique utilisateur a ainsi été considérée comme n'étant pas un acte de communication, la Cour de Luxembourg estimant que cet acte ne permettrait pas l'interaction avec l'utilisateur. C'était insister sur une exigence non prévue par les conditions habituelles du droit de communication au public. Au-delà des incohérences de cette décision<sup>38</sup>, une compréhension raisonnable de celle-ci pourrait être d'en référer à la notion fonctionnelle d'exploitation. Si le droit de communication au public doit être restreint aux hypothèses où l'œuvre est effectivement diffusée dans le public et réceptionnée par celui-ci<sup>39</sup>, un programme d'ordinateur et ses éléments non littéraires ne peuvent être communiqués que si le public peut « recevoir » celui-ci, c'est-à-dire qu'il peut l'utiliser dans sa fonction d'œuvre.

## II. – LES CONSÉQUENCES D'UNE EXPLOITATION REDÉFINIE

Retracer les contours des droits exclusifs par le trait de l'exploitation, affranchie des seules considérations techniques mais reflétant un jeu indissociable de capture de valeur économique et de circulation publique de l'œuvre, se révèle un guide précieux dans l'application du droit d'auteur à de multiples questions nouvelles.

En premier lieu, la centralité de la notion d'exploitation devrait permettre de considérer les actes d'utilisation des œuvres comme un tout et non de les segmenter en de multiples actes techniques qui tous requerraient une autorisation des ayants droit. L'acte essentiel serait plutôt celui par lequel l'œuvre est diffusée dans le public et qui produit une valeur économique pour l'exploitant. Il s'agit là d'une des difficultés de l'obtention des droits pour les actes d'exploitation digitale. La définition extensive du droit de reproduction conduit en effet à ce que chaque acte de communication ou de mise à disposition du

public comporte une multitude de fixations techniques éventuellement soumises au droit de reproduction, ce qui est susceptible de mener à un double paiement, particulièrement lorsque les droits de communication et de reproduction sont exercés par des ayants droit ou des sociétés de gestion collective différents<sup>40</sup>. Prendre au sérieux la proposition selon laquelle « ce qui enclenche le droit d'auteur est un acte d'exploitation » permettrait de réduire l'autorisation requise à l'acte d'exploitation principal dont les éventuelles copies techniques ne seraient que des incidents.

Ensuite, les actes de simple réception des œuvres devraient échapper à l'emprise de l'auteur, à la fois parce qu'ils ne réalisent en principe pas d'exploitation économique et parce qu'ils ne sont pas des actes permettant une circulation publique de l'œuvre. Certes, ils peuvent parfois signifier que l'utilisateur accède ainsi à la valeur économique de l'œuvre sans en payer le prix, mais en l'absence d'un acte d'exploitation au sens de mise en circulation de l'œuvre, l'accès à l'œuvre reste en dehors du droit d'auteur. Des questions préjudicielles viennent d'être posées à la Cour de justice de l'Union européenne sur l'application de l'exception pour copie provisoire de la simple consultation de pages *web* par un internaute<sup>41</sup>, ce qui revient à demander si cette consultation ou *browsing* consiste en un acte de reproduction soumis au contrôle du titulaire du droit d'auteur sur les œuvres ainsi consultées. Il serait particulièrement préjudiciable à la cohérence et à la légitimité du droit d'auteur que les juges de Strasbourg excluent l'application de l'article 5(1) à de tels actes qui ne constituent aucun acte d'exploitation distinct, mais une simple utilisation par les internautes<sup>42</sup>. La précision et la complexité des questions posées<sup>43</sup> témoignent de l'impasse dans laquelle l'exception de copie provisoire en lieu et place d'une définition raisonnable du droit de reproduction nous a conduits et augure d'un certain risque que les juges communautaires, empêtrés dans l'entrelacs des conditions de l'exception, n'en viennent à sanctionner cet acte d'utilisation des œuvres.

Une dernière question qui ne manquera pas de se poser de manière croissante est la localisation de l'acte de représentation ou de mise à disposition sur Internet. En raison du principe de territorialité du droit d'auteur, l'exploitation doit être autorisée là où elle survient. Le déplacement du centre de gravité des droits exclusifs d'un critère technique à un critère fonctionnel, celui de l'exploitation, peut certes rendre plus complexe la détermination de ce lieu, mais peut aussi en garantir la cohérence. La Cour de justice a déjà considéré dans des cas

36. *Football Association Premier League*, *op. cit.*

37. CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, § 57.

38. La principale étant que cet élément d'interaction est propre au programme d'ordinateur alors que les juges communautaires ont refusé de qualifier l'interface graphique utilisateur de programme d'ordinateur.

39. Ou plutôt qu'elle puisse potentiellement l'être.

40. IVIR, *The recasting of copyright and related rights for the knowledge economy*, Étude réalisée pour la Commission européenne, 2006, p. 55.

41. Questions préjudicielles posées à la CJUE, 27 juin 2013, aff. C-360/13, *Public Relations Consultants Association*.

42. Ceci n'empêche pas en revanche que la mise à disposition de ces contenus protégés soit couverte par un droit exclusif en raison de l'exploitation ainsi entreprise.

43. Les questions sont disponibles sur <http://www.ipo.gov.uk/pro-policy/policy-information/ecj/ecj-2013/ecj-2013-c36013.htm>.

d'atteintes aux droits intellectuels sur Internet que la localisation du serveur, critère essentiellement technique, ne pouvait être déterminante<sup>44</sup>, mais qu'il fallait plutôt s'en tenir aux publics ciblés par l'exploitation du droit intellectuel. Le critère d'exploitation pourrait utilement servir à déterminer pour quels territoires une autorisation devrait être requise, à calculer les rémunérations dues pour chaque territoire d'exploitation<sup>45</sup> ainsi qu'à déterminer le pays pour lequel la protection est demandée lorsqu'il s'agit d'identifier la loi applicable. Un acte de reproduction est facilement localisable, ce qui n'est pas le cas d'un acte de mise à disposition ou des multiples copies qui l'accompagnent. Le lieu du chargement sur Internet, le lieu du serveur qui héberge le site *web*, le lieu (forcément multiple) où le contenu est accessible, ou le lieu d'établissement de l'exploitant ne peuvent être des critères satisfaisants, étant soit trop larges, soit trop ouverts à une localisation arbitraire et frauduleuse. En revanche, recourir aux territoires visés par une exploitation, c'est-à-dire aux lieux où une valeur est retirée de l'œuvre, parce que le public y est ciblé, qu'un service y est intentionnellement presté<sup>46</sup> ou qu'un revenu y est perçu ou que l'exploitation peut générer une rémunération, est plus en phase avec la logique de la propriété littéraire et artistique.

## CONCLUSION

Ce qui enclenche le droit d'auteur est un acte d'exploitation. D'une évidence, ce constat semble s'être retiré sur la pointe des pieds de la propriété littéraire et artistique. Il est temps de le remettre au centre, ainsi que le souhaitait le professeur Lucas. Tout acte d'utilisation des œuvres n'est pas réservé aux auteurs. Seuls le sont les actes par lesquels l'œuvre trouve exploitation, par lesquels on tire profit d'une œuvre et de sa valeur tout en contribuant ainsi à la circulation de l'œuvre dans l'espace public.

44. CJUE, 18 oct. 2012, aff. C-173/11, *Football Dataco c/ Sportradar*, § 40-42 (en matière de droit *sui generis*). – CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal c/ eBay* (en matière de marques). Dans un cas de distribution de meubles entre États membres, la Cour a pareillement utilisé le critère de public ciblé par l'exploitation concernée (V. CJUE, 21 juin 2012, aff. C-5/11, *Donner*).

45. En matière de droit de la concurrence, la décision de la Commission européenne autorisant les accords Simulcast des sociétés de gestion collective de producteurs de phonogramme a admis une addition des rémunérations dues dans chaque territoire où les programmes diffusés en *simulcasting* peuvent être reçus (ce qui ne correspond pas tout à fait au territoire d'exploitation ceci dit, mais l'étendue de la rémunération perçue dans chaque pays sera fonction de l'audience de ces programmes et donc de l'exploitation) ; Comm. CE, déc. 8 oct. 2002, aff. COMP/C/38.014, *IFPI « Simulcast » : JOCE* n° L 107, 30 avr. 2003, p. 58.

46. Ce qui renvoie aux indices déjà soulignés par la jurisprudence communautaire tels que l'utilisation d'un nom de domaine national, l'utilisation d'une langue ou de la monnaie du pays, la présence d'un contact ou d'un service après-vente...

La fixation des législateurs, au premier chef ceux de l'Union européenne, sur des notions techniques affadit le droit d'auteur. Elle participe à un mouvement de toupie : en s'enflant, le droit d'auteur risque de ne plus tourner que sur lui-même jusqu'à l'étourdissement. Le professeur Lucas est l'un de ceux qui l'ont le mieux compris en plaidant régulièrement pour un retour aux sources sans se joindre pour autant à la doctrine plus radicalement en opposition avec le système de la propriété littéraire et artistique. Un retour aux principes fondamentaux d'un droit d'auteur qui lui est cher, et qui devrait être cher – et ce n'est malheureusement plus le cas – à toute société qui ambitionne de devenir une société de la culture, de l'information et de la connaissance.