



HAL
open science

La libre circulation des contenus et des services dans le marché unique numérique

Sylvain Chatry

► **To cite this version:**

Sylvain Chatry. La libre circulation des contenus et des services dans le marché unique numérique. *Derecho y economia de la integracion*, 2017, 1, pp.77-97. hal-03204594

HAL Id: hal-03204594

<https://hal.science/hal-03204594>

Submitted on 21 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

La libre circulation des contenus et des services dans le marché unique numérique

Free movement of contents and services in the digital single market

Par Sylvain Chatry, maître de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia, membre du CDED (EA 4212)

Résumé français

La stratégie pour un marché numérique menée par la Commission européenne depuis 2015 est mise en œuvre par la proposition de nombreux textes qui tendent à reconnaître une liberté en devenir de circulation des contenus et des services numériques. La libéralisation de l'accès aux contenus numériques est opérée par la suppression de certains verrous nés de la pratique des titulaires de droits. La faveur est faite à la circulation transfrontière (portabilité des contenus, licences multiterritoriales) et à la réforme du droit d'auteur en vue de créer ou d'élargir certains accès aux contenus protégés (text and data mining ; enseignement ; préservation du patrimoine culturel). La libre circulation est aussi organisée par la régulation des services numériques. Les plateformes en ligne devraient être appréhendées de manière unitaire en vue de réviser leur responsabilité. Au contraire, le choix d'une approche sectorielle est pour l'heure retenu par l'Union européenne.

Introduction

Du marché commun au marché unique numérique. Depuis le Traité de Rome, les Etats membres de la Communauté économique puis de l'Union européenne sont « résolus à renforcer leurs économies ainsi qu'à en assurer la convergence »¹ dans le cadre d'un marché commun. Convaincu que « l'économie est le moteur de l'intégration »², le droit est mis à son service pour « promouvoir le progrès économique et social »³. Le marché « unique », selon

¹ Traité sur l'Union européenne (TUE), préambule.

² GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît (2015), Droit des affaires de l'Union européenne, 7^e éd., Lexisnexis, coll. Manuel, n° 19.

³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), préambule.

une dénomination modernisée⁴, est organisé autour des quatre libertés de circulation portées par le traité de fonctionnement de l'Union européenne : la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Ces libertés ont été définies en contemplation du contexte économique du XXe siècle en vue d'une déterritorialisation des échanges. Aujourd'hui, l'économie numérique, composée des acteurs des technologies de l'information et de la communication⁵, renferme des potentialités de croissance sur lesquels les législateurs nationaux et européens reposent leurs espoirs. A l'échelle de la France, le secteur comptait en 2013 120 000 entreprises et 660 000 emplois⁶. La Commission européenne défend même l'idée que « les technologies de l'information et des communications ne sont plus un secteur économique parmi d'autres, mais [qu'] elles constituent désormais la base sur laquelle reposent tous les systèmes économiques novateurs modernes » et attend qu'elle génère 415 milliards d'euros par an à l'échelle de l'Union et qu'elle contribue à créer des centaines de milliers d'emplois⁷. Mais les activités du numérique, dont l'a-territorialité interroge pour le rattacher à un système juridique⁸, a paradoxalement permis aux entreprises de recréer les frontières. Ainsi, les services en ligne transfrontières au sein de l'Union européenne ne représentent que 4% du marché numérique⁹. Il était donc essentiel que l'Union européenne s'attache à constituer un véritable marché unique numérique pour que les technologies de l'information et de la communication ne ruinent pas les efforts des soixante dernières années. La stratégie pour un marché numérique (I) entend libérer les contenus numériques (II) et réguler les services numériques (III).

I. La stratégie pour un marché unique numérique

Exposé de la stratégie. Le président Juncker a fait de la création d'un marché unique numérique l'une des grandes priorités de son mandat. C'est ainsi qu'a été publiée en mai 2015 une « stratégie pour un marché unique numérique »¹⁰. La Commission a formulé seize actions

⁴ SAURON Jean-Luc (1997), Du marché commun au marché unique : le creuset de l'Europe du XXIème siècle, Revue du marché commun de l'Union européenne, p. 437 ; DELORS Jacques, Pour une nouvelle relance du marché unique (2013), Revue de l'Union européenne, p. 71.

⁵ Comprenant les producteurs, les distributeurs et les services de TIC : v. définition INSEE, insee.fr.

⁶ Chiffres clés du numérique – édition 2015, Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, consultable sur le site entreprises.gouv.fr.

⁷ Stratégie pour un marché unique numérique, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

⁸ L'a-territorialité du droit à l'ère numérique, Dixième conférence du cycle Droit comparé et territorialité du droit, Conseil d'Etat, 28 sept. 2016 : consultable sur conseil-etat.fr.

⁹ Le marché unique numérique est nécessaire, voici pourquoi, Commission européenne, 6 mai 2015.

¹⁰ Stratégie pour un marché unique numérique, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

articulées en trois piliers. Le premier pilier tend à « améliorer l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises ». Il s'agit notamment de faciliter le commerce électronique transfrontière en agissant sur les contrats de consommation mais aussi sur les procédures de règlement des différends. La Commission veut également supprimer les frontières artificiellement créées tant en ce qui concerne l'accès aux services par une personne localisée dans un autre Etat membre que l'accès aux contenus mis à disposition dans un Etat lorsque celle-ci se déplace. Elle entend encore donner à la législation sur le droit d'auteur « un caractère moderne et plus européen ». La Commission espère enfin agir sur le coût de livraison des colis et harmoniser la TVA pour faciliter le développement des petites et moyennes entreprises. Le deuxième pilier vise à « créer un environnement propice au développement des réseaux et services numériques innovants et des conditions de concurrence équitables ». L'objectif est de réviser la réglementation européenne en matière de télécommunications (fréquences radioélectriques ; haut débit ; neutralité de l'internet), de promouvoir les œuvres européennes dans le cadre des médias audiovisuels, dont les modèles doivent être adaptés. Il est aussi envisagé de réfléchir sur le rôle des plateformes en ligne (transparence ; lutte contre les contenus illicites). Par ailleurs, la Commission entend « renforcer la confiance et la sécurité des services numériques » notamment en matière de données personnelles et collaborer avec l'industrie sur la cybersécurité. Le troisième pilier, beaucoup moins contraignant, ambitionne enfin de « maximiser le potentiel de croissance de l'économie numérique » en proposant une initiative européenne en faveur de la libre circulation des données et de l'informatique dans les nuages, en s'intéressant aux normes et à l'interopérabilité dans certains domaines (santé ; transport ; énergie) ou encore en donnant les compétences à tous d'accéder à Internet.

Contenus et services numériques. Il convient de s'accorder sur ce que l'on entend par « contenus numériques » et « services numériques »¹¹. Le législateur de l'Union a employé pour la première fois la notion de « contenu » en matière de droit du producteur de base de données sans y donner de définition¹². On convient que cela visait l'ensemble des données, appréhendées en tant qu'information, présentes dans la base¹³. La directive 2011/83/UE

¹¹ V. BENABOU Valérie-Laure (2017), Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique, Dalloz IP/IT, p. 7. Une mission du CSPLA sur les conséquences pour la propriété littéraire et artistique de l'avènement des notions de données et de contenus numériques a été confiée en déc. 2016 aux professeurs Benabou et Zolynski.

¹² Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

¹³ V. VIVANT Michel et *alii* (2012), Lamy Droit du numérique, n° 433.

relative aux droits des consommateurs a depuis défini le « contenu numérique » comme « les données qui sont produites et fournies sous une forme numérique, comme les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du *streaming*, depuis un support matériel ou par tout autre moyen »¹⁴. La proposition de directive relative à la fourniture de contenus numériques retient une approche plus large en y incluant en sus les services en lien (création, traitement, conservation, partage) avec les données visées précédemment¹⁵. Le texte ne fait donc pas de différence entre les contenus numériques et certains services numériques pour pouvoir leur appliquer un régime commun¹⁶. L'approche est opportune, mais il est toujours regrettable, et le législateur de l'Union est coutumier du fait, qu'une même notion n'ait pas la même signification selon les textes appliqués. La confusion est également entretenue par la proposition de règlement sur la portabilité transfrontière qui vise les « services de contenu en ligne », portables, et pouvant viser soit les services de médias audiovisuels¹⁷, soit un « service qui consiste essentiellement à donner accès à des œuvres, à d'autres objets protégés »¹⁸.

Liberté en devenir. La Commission a eu beau essayer d'identifier trois piliers, la synthèse des actions est malaisée. On s'aperçoit cependant qu'elles visent à donner de l'effectivité à une liberté de circulation des contenus et des services numériques¹⁹. Cette liberté constitue sans aucun doute le prolongement des libertés garanties par l'Union européenne appliquées à l'économie numérique : les contenus numériques sont des marchandises dématérialisées ; les services numériques s'ajoutent aux services traditionnels. Elle fait aussi écho à la liberté de communication garantie par la Charte des droits fondamentaux²⁰. La directive 2000/31/CE sur

¹⁴ Directive 011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, cons. 19.

¹⁵ Art. 2 b et c : « tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur, et tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données ; »

¹⁶ Sur le lien entre contenu et services : v. CASTETS-RENARD Céline, Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès (2015), in NETTER Emmanuel et CHAIGNEAU Aurélie (dir.), Les biens numériques, PUF, p. 203-220.

¹⁷ Directive 2010/13/UE.

¹⁸ Proposition de règlement visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur du 9 déc. 2015, COM(2015) 627 final, art. 2, e).

¹⁹ Selon ANSIP Andrus, vice-président pour le marché unique numérique, « elles [Les actions] donnent aux particuliers et aux entreprises les libertés en ligne qui leur permettront de profiter pleinement du gigantesque marché intérieur de l'Europe » : Stratégie pour un marché unique numérique, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final.

²⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du 18 déc. 2000, 2000/C 364/01, art. 11.

le commerce électronique vise les « services de la société de l'information », transposés en France comme les « services de communication en ligne »²¹. La liberté de communication constitue donc en partie le support de la libre circulation des contenus et des services numériques. Faut-il reconnaître son autonomie ? Jusqu'à lors, les libertés européennes étaient « totalement articulées »²², sans aucun recoupement. La dématérialisation a brouillé les frontières entre les libertés. Sa reconnaissance explicite permettrait d'affirmer pleinement les nouveaux enjeux de l'intégration européenne.

La méthode. Fidèle au pragmatisme des pères fondateurs²³, la méthode de la Commission est multidirectionnelle. Elle entend répondre à chaque problème soulevé par un instrument adapté : lignes directrices, recommandation, directive ou règlement. L'histoire des réseaux numériques invite à confier une part de l'encadrement à l'autorégulation ou à la corégulation²⁴. C'est du reste un levier normatif fréquemment actionné par les institutions de l'Union européenne selon la doctrine du « *self- and co-regulation* » (SRCR)²⁵. Le troisième pilier de la stratégie pour un marché unique numérique semble le plus approprié pour que le législateur de l'Union en reste pour l'instant à des recommandations. Le texte contraignant sera choisi lorsque, pour atteindre l'objectif poursuivi, l'harmonisation doit être imposée aux Etats et aux acteurs du numérique. Le principe de proportionnalité sert ensuite d'aiguillon pour déterminer la marge de manœuvre laissée aux Etats membres. Il faut toutefois noter dès à présent que les méthodes ne sont pas complètement hermétiques. Il n'est pas rare qu'une directive impose une obligation de coopération des parties prenantes sans pour autant prévoir de sanction pour en assurer l'effectivité. C'est ainsi que la proposition de directive sur le droit d'auteur prévoit d'imposer une simple obligation de coopération des plateformes en ligne pour lutter contre les contenus illicites²⁶. On peut s'interroger sur la réelle plus-value d'une telle disposition pour atteindre l'objectif visé, si toutefois l'on entend véritablement l'atteindre...

²¹ Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique du 26 juin 2004 (LCEN), art. 6.

²² GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît (2015), *op. cit.*, n° 52.

²³ GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît (2015), *op. cit.*, n° 13.

²⁴ PAUL Christian (2000), Du droit et des libertés sur internet : la corégulation, contribution française pour une régulation mondiale, rapport au Premier ministre ; ZWANG Alexandra (2014), Droit d'auteur et internet, interactions croisées du droit d'auteur et du droit des NTIC, thèse, Université d'Aix-Marseille, p. 420 et s.

²⁵ « Principles for Better Self and Co-Regulation » : <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/best-practice-principles-better-self-and-co-regulation>

²⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 13.

Versant technique. Il serait vain et assez superficiel de vouloir présenter l'ensemble des actions engagées par le législateur de l'Union. La présente contribution ne portera pas sur le versant technique qui consiste à mettre en mesure techniquement les internautes et les acteurs du numérique de pouvoir accéder ou proposer des services en ligne dans les meilleures conditions, et notamment sans entrave. Le règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 encadre en ce sens la neutralité de l'internet²⁷ pour « garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits correspondants des utilisateurs finals »²⁸. Le législateur français y fait dorénavant référence dans le Code des postes et des communications électroniques²⁹. Ce même règlement prévoit par ailleurs la suppression des frais d'itinérance sur les réseaux publics de communication mobile à compter du 15 juin 2017³⁰, ce qui permettra aux ressortissants de l'Union de profiter librement des services mobiles dans un autre Etat membre. La sécurité des réseaux fait aussi l'objet d'une attention toute particulière. La directive n° 2016/1148 du 6 juillet 2016 définit une harmonisation minimale des règles de sécurité et impose aux Etats membres de mener une stratégie nationale, qui peut prendre appui sur l'Agence de l'Union européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA) et de centres de réponses aux incidents de sécurité informatique³¹.

Versant contractuel. La présente contribution ne portera pas non plus sur le versant contractuel dans les relations entre professionnels et consommateurs. Pour une part, la stratégie pour un marché unique numérique avait été devancée s'agissant de la conclusion de contrats en ligne. En effet, l'identification électronique peut s'avérer impossible pour un service établi sur un autre Etat membre restreignant les services accessibles aux ressortissants de l'Union. Le règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014, applicable depuis le 1^{er} juillet 2016,

²⁷ Règlement (UE) n° 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive n° 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

²⁸ Cons. 1. V. ROBIN Agnès (2015), Neutralité du Net : vers une consécration européenne du principe ?, Communication commerce électronique, étude 12.

²⁹ Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique, art. 40.

³⁰ Règlement (UE) n° 2015/2120, précité, art. 7.

³¹ Directive n° 2016/1148/UE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 établissant des mesures visant à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union afin d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur.

prend acte des limites de la précédente directive³² et uniformise les règles applicables en matière de signature électronique³³. Pour une autre part, le législateur de l'Union entend influencer sur le contenu des contrats de fourniture de contenu numérique et de ventes en ligne par deux propositions de directive³⁴. On se souvient de la proposition de « cadre commun de référence » qui comprenait un instrument optionnel pour régir les contrats de vente, laquelle avait déjà pour but de simplifier les transactions transfrontières, notamment les transactions électroniques³⁵. Les textes à l'étude sont beaucoup moins ambitieux³⁶. Ils proposent des règles ciblées mais faisant l'objet d'une harmonisation complète. Ainsi, la proposition de directive sur la fourniture de contenus numériques contient des règles « concernant la conformité du contenu numérique au contrat, les modes de dédommagement en cas de non-conformité et les modalités d'exercice correspondantes, ainsi que les règles de modification et de résiliation de ces contrats. »³⁷. De son côté, la proposition de directive sur la vente en ligne « fixe certaines exigences concernant les contrats de vente à distance conclus entre le vendeur et le consommateur, en particulier des règles concernant la conformité des biens, les modes de dédommagement en cas de non- conformité et les modalités d'exercice correspondantes. »³⁸

II. Libérer l'accès aux contenus numériques

Liberté de circulation. La stratégie pour un marché unique numérique exalte la libre circulation des contenus numériques, lesquels doivent pouvoir circuler librement, sans entraves, qu'elles soient tarifaires, contractuelles ou technologiques. Le législateur de l'Union

³² Directive n° 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire 2 pour les signatures électroniques.

³³ Règlement n° 910/2014/UE du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur (eIDAS) : v. DOUVILLE Thibaut (2016), La signature électronique après le règlement européen 910/2014 du 23 juillet 2014 (eIDAS), Recueil Dalloz, p. 2124

³⁴ Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final ; proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM(2015) 634 final ; SIBONY Anne-Lise (2016), Trois propositions législatives de la Commission pour le marché unique numérique, Revue trimestrielle de droit européen, p. 169 ; DOUVILLE Thibaut (2016), Marché unique numérique et droit des contrats, La semaine juridique édition générale, p. 650.

³⁵ Proposition (2011)1165 de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011 (elle avait été adoptée en première lecture en févr. 2014 par le Parlement européen).

³⁶ USUNIER Laurence (2016), Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d'une souris, Revue trimestrielle de droit civil, p. 304.

³⁷ Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne, précitée, art. 1^{er}.

³⁸ Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, précitée, art. 1^{er}.

entreprind de donner de l'effectivité à la circulation transfrontière tant du point de vue de la portabilité du contenu, de l'incitation aux licences multiterritoriales et du bénéfice des exceptions au droit d'auteur (A). Il entend également améliorer l'accès à ces contenus au moyen d'une réforme du droit d'auteur (B).

A. La circulation transfrontière

Exclusivité *versus* libre circulation. Les entraves à la création d'un marché unique numérique sont notamment constituées par les titulaires de droits privatifs : droit d'auteur, droits voisins au sens large³⁹, ou encore droit sur les manifestations sportives. Ces titulaires usent de l'exclusivité qu'ils détiennent pour concéder des licences territorialement délimitées. La Cour de justice a déjà pu « rappeler que des dérogations au principe de la libre circulation ne peuvent être admises que dans la mesure où elles sont justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de la propriété intellectuelle concernée (...) notamment 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, en accordant des licences moyennant le paiement d'une rémunération »⁴⁰. La conclusion de licences territoriales n'est pas en tant que telle répréhensible. C'est pourquoi le législateur ne peut libérer la circulation des contenus en remettant en cause le principe même de ces licences.

a. La portabilité transfrontière des contenus numériques

Contenu. La proposition de règlement visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenus en ligne⁴¹ opte pour la technique de la fiction. Permettre l'accès au contenu sur un autre territoire en faisant « comme si » l'accès était réalisé sur le territoire autorisé. Les conditions doivent être strictement encadrées pour qu'une telle fiction ne déséquilibre pas les contrats conclus et préserve tout à la fois les intérêts des titulaires de droits, des fournisseurs et des consommateurs. La portabilité transfrontière consiste à permettre à un consommateur qui a eu accès à des contenus à partir de son Etat de résidence de pouvoir y accéder lorsqu'il est présent temporairement dans un autre Etat membre. La

³⁹ Artistes-interprètes, producteur de phonogrammes, vidéogrammes, bases de données et organismes de radio et télédiffusion.

⁴⁰ CJUE, 4 oct. 2011, C-403/08 et C-429/08, Football Association Premier League et autres, pt. 106 et 107.

⁴¹ Proposition de règlement visant à assurer la portabilité transfrontière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur du 9 déc. 2015, COM(2015) 627 final. V. A.-L. Sibony, Trois propositions législatives de la Commission pour le marché unique numérique, *RTDE* 2016. 169 ; CASTETS-RENARD Céline (2016), « Marché unique numérique » : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur, Recueil Dalloz, p. 388.

proposition retient une approche large des contenus : contenus protégés par le droit d'auteur ou les droits voisins, manifestations sportives, bulletins d'information, événement d'actualités⁴². Par définition, le service doit être portable, qu'il soit fourni contre une rémunération ou gratuitement si l'Etat de résidence de l'abonné est vérifié par le fournisseur⁴³. Il en résulte pour le fournisseur de services l'obligation de supprimer le blocage territorial à destination de ces abonnés, sans pour autant qu'il ait à garantir la même qualité de service rendu⁴⁴. L'objectif étant que les coûts supportés par le fournisseur ne soient pas impactés. Il s'ensuit que le titulaire des droits ne peut interdire la portabilité transfrontière. Tout l'enjeu consiste, au regard des droits privatifs, à localiser l'acte d'exploitation du contenu protégé. La proposition retient que « la fourniture d'un service de contenu en ligne, ainsi que l'accès à celui-ci et son utilisation par un abonné, (...), sont réputés avoir lieu uniquement dans l'État membre de résidence »⁴⁵. Les licences concédées sont donc « réputées » être respectées. Le législateur de l'Union justifie les nouvelles dispositions en ce qu'elles ne permettent pas au fournisseur de viser un public plus large, seulement de donner un accès plus large aux abonnés déjà destinataires de l'offre.

Appréciation. Toutefois, cette portabilité permettra des utilisations plus nombreuses des contenus, ce qui pourrait influencer sur les prochaines négociations avec les titulaires de droit dans le sens d'une augmentation des redevances. Faut-il pour autant opter pour un instrument contraignant ? Trois options avaient été envisagées, la plus invasive a été retenue pour garantir « un degré de sécurité juridique suffisant »⁴⁶ aux consommateurs. La Commission retient l'option du « passage en force ». Il aurait été préférable d'être pragmatique et de publier des grandes orientations voire une recommandation en ce sens pour que les parties prenantes se saisissent de la question et, pourquoi pas, en fasse un argument commercial qui aurait stimulé la concurrence entre les fournisseurs de contenus. En l'état, s'agissant des programmes de télévision, qui font pourtant l'objet d'une dérogation, on constate en France que l'accès transfrontière est privilégié pour les productions de l'organisme de radiodiffusion, notamment pour augmenter l'audience et les recettes publicitaires.

b. L'incitation à la conclusion de licences multiterritoriales

⁴² *Ibid.*, cons. 5.

⁴³ *Ibid.*, art. 2, e).

⁴⁴ *Ibid.*, art. 3.

⁴⁵ *Ibid.*, art. 4

⁴⁶ *Ibid.*, cons. 28.

Contenu. L'autre approche, antérieure à la stratégie pour un marché unique numérique, vise à créer les conditions favorables à la conclusion de licences multiterritoriales⁴⁷. La problématique n'est pas nouvelle puisqu'une recommandation avait été prise en 2005⁴⁸, laquelle n'avait pas été suivie des effets escomptés. C'est pourquoi il a été choisi un instrument contraignant. D'une manière générale, cela s'inscrit dans une harmonisation de la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins pour que les droits des titulaires soient préservés et que les échanges soient facilités. Plus spécifiquement, il s'est agi de remédier à la « fragmentation du marché numérique »⁴⁹ des œuvres musicales en ligne. La directive prévoit un certain nombre d'exigences pour renforcer l'intérêt pour les organismes de gestion collective de concéder des licences multiterritoriales de droits en ligne sur les œuvres musicales. Il faut d'abord que l'organisme puisse répertorier ces licences, les actualiser, tout en assurant leur transparence. Il est envisagé qu'un organisme puisse concéder une telle licence, ou qu'elle se fasse représenter sur un autre territoire pour en concéder. Plus contraignant encore, lorsqu'un organisme propose des licences multiterritoriales, il ne peut refuser à un autre organisme de le représenter à cette fin⁵⁰. Enfin, en cas d'inaction de l'organisme en ce sens, le titulaire de droit peut reprendre la main sur la concession de licences multiterritoriales, sans qu'il soit astreint aux mêmes obligations⁵¹. Une dérogation est prévue pour la transmission d'émission de radio ou de télévision pour que les organismes de radiodiffusion puissent diffuser en ligne le contenu, sans avoir à obtenir des licences multiterritoriales⁵².

Appréciation. L'Etat français n'a pas respecté le délai de transposition fixé au 10 avril 2016. Le législateur vient d'habiliter le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures de transposition de la directive dans un délai de six mois⁵³. La directive limite son champ d'application à la musique en ligne pour répondre à un marché spécifique de développement

⁴⁷ Directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur. V. BENABOU Valérie-Laure (2012), Commentaire du titre III de la prop. de dir. afférent à la concession par les sociétés de gestion collective de licences multiterritoriales sur des droits en ligne relatifs à des œuvres musicales, rapport CSPLA.

⁴⁸ Recommandation n° 2005/737/CE relative à la gestion collective transfrontière du droit d'auteur et des droits voisins dans le domaine des services licites de musique en ligne.

⁴⁹ Directive 2014/26/UE, précitée, cons. 38.

⁵⁰ *Ibid.*, art. 30.

⁵¹ *Ibid.*, art. 31.

⁵² *Ibid.*, art. 32.

⁵³ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, art. 94.

des plateformes de *streaming*. Les sociétés de gestion collective n'ont d'ailleurs pas attendu l'adoption de la directive pour suivre cette voie. Ainsi, un portail européen dénommé Armonia a été créé en 2012 par la SACEM (France), la SGAE (Espagne) et la SIAE (Italie) pour proposer des licences multiterritoriales à des conditions protectrices des intérêts des titulaires de droits. Il comprend désormais 12,5 millions d'œuvres sur 33 pays⁵⁴. Il n'est pas certain que la directive soit toujours opportune aujourd'hui.

c. L'effectivité des exceptions

Exemplaires en format accessible. De manière plus marginale, mais non moins importante s'agissant des utilisations visées, le législateur entend s'assurer de la circulation transfrontière des utilisations faisant l'objet des limitations et exceptions harmonisées. C'est ainsi que la directive n° 2001/29/CE permet d'instaurer une exception facultative « lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par ledit handicap »⁵⁵. On constate malgré tout que l'offre de publication accessible reste très limitée⁵⁶. Depuis, les Etats se sont accordés sur l'importance de favoriser l'accès à la culture des personnes handicapées par la signature du Traité de Marrakech⁵⁷, notamment par la circulation transfrontière au niveau mondial des exemplaires en format accessible de contenus protégés aux déficients visuels et aux personnes ayant des difficultés de lecture⁵⁸. Le Traité de Marrakech prévoit que lorsqu'un exemplaire en format accessible est réalisé en vertu d'une limitation ou d'une exception, celui puisse être distribué ou mis à la disposition dans un autre Etat partie⁵⁹. Le législateur de l'Union a publié en ce sens une proposition de règlement⁶⁰ qui

⁵⁴ <http://armoniaonline.com>

⁵⁵ Directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, art. 5, §3, b).

⁵⁶ Seulement 3,5 % de l'offre « grand public » selon un rapport de l'Inspection générale des affaires culturelles : MEYER-LERECULEUR Catherine (2013), Exception « handicap » au droit d'auteur et développement de l'offre de publications accessibles à l'ère numérique, MCC-IGAC, rap. n° 2013-12.

⁵⁷ Traité de Marrakech visant à faciliter l'accès des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés aux œuvres publiées, 27 juin 2013.

⁵⁸ *Ibid.*, art 3

⁵⁹ *Ibid.*, précité, art. 5 § 1

⁶⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'échange transfrontière, entre l'Union et des pays tiers, d'exemplaires en format accessible de certaines œuvres et autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins en faveur des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres difficultés de lecture des textes imprimés, COM(2016) 595 final. V. aussi proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines utilisations autorisées d'œuvres et d'autres objets protégés par le droit d'auteur et les droits voisins en faveur des aveugles, des déficients visuels et des personnes ayant d'autres

permet l'exportation et l'importation de tels exemplaires, sans que l'autorisation du titulaire de droit ne soit nécessaire. La circulation transfrontière est toutefois strictement encadrée pour qu'elle ne bénéficie qu'au public le nécessitant (identification des destinataires des exemplaires ; prévention contre les usages illicites ; création des registres des exemplaires...) ⁶¹. En France, la loi du 7 juillet 2016 ⁶² a devancé la ratification du traité et l'adoption du règlement européen. Le nouvel article L. 122-5-2 du CPI permet la circulation transfrontière des fichiers d'œuvres adaptés si une telle exception est prévue dans la législation de l'Etat de destination. Il identifie les organismes susceptibles de recevoir ces fichiers et prévoit la conclusion d'une convention pour s'assurer du respect de l'utilisation délimitée des fichiers. Dans le même ordre d'idée, la proposition de directive sur le droit d'auteur assortit les nouvelles dispositions sur les utilisations d'œuvres indisponibles par les institutions de gestion du patrimoine culturel d'une obligation de permettre ces utilisations dans tous les Etats membres ⁶³. Les exceptions au droit d'auteur constituent ainsi pour le législateur de l'Union européenne un levier essentiel pour favoriser l'accès aux œuvres en ligne.

B. L'accès sans autorisation au contenu protégé

La Commission européenne fait de la réforme du droit d'auteur un des leviers importants de la création d'un marché unique numérique. C'est dire la conception qu'elle tend à se faire du droit d'auteur comme obstacle à la libre circulation des contenus numériques ⁶⁴. La structure formelle de la proposition de directive en est symptomatique. Il faut attendre les chapitres 2 et 3 du titre IV sur « les mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché des droits d'auteur » pour que l'on se préoccupe de la protection des droits des titulaires, que l'on sait continuellement atteints au moyen des services de communication en ligne ⁶⁵. Les premiers

difficultés de lecture des textes imprimés et modifiant la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

⁶¹ *Ibid.*, art. 5.

⁶² Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

⁶³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 8.

⁶⁴ V. TREPPOZ Edouard (2015), Le droit d'auteur : frein ou instrument d'un marché unique du numérique ?, *Juris art etc.*, p. 29 ; GOTZEN Frank et GAUBIAC Yves (2015), La protection du droit d'auteur dans un marché unique numérique connecté, *La Semaine juridique édition générale*, p. 2128.

⁶⁵ L'article 13 instaure une obligation de coopération des prestataires de services qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs, dans la lutte contre la contrefaçon (v. infra II. A). Les articles 14 à 16 posent un cadre assez peu contraignant pour une « juste rémunération contractuelle des auteurs, interprètes et exécutants ».

articles visent tous à libérer l'accès aux œuvres en ligne par la consolidation ou la création d'exceptions ou de limitations. Heureusement, les motifs et les considérants de la directive expriment encore l'importance de la protection par le droit d'auteur pour « l'innovation, la créativité, l'investissement et la production de nouveaux contenus »⁶⁶ et le souci de faire profiter l'auteur de la valeur générée par l'utilisation des œuvres en ligne⁶⁷.

a. Les vellétés

On a eu des raisons de craindre ces dernières années la limitation de la protection par le droit d'auteur au niveau de l'Union européenne. On se souvient que la rédaction du rapport sur la révision de la directive 2001/29/CE avait été confiée à Julia Reda, seule représentante au Parlement européen du Parti Pirate, qui prône l'accès libre et égal de tous à la culture⁶⁸. Il y était notamment préconisé une diminution de la durée des droits de soixante-dix ans à cinquante ans et une certaine libéralisation de l'accès aux œuvres protégées par l'harmonisation, l'élargissement et la création de nouvelles exceptions ou limitations. Parmi les nouvelles exceptions, il était notamment proposé l'« adoption d'une norme ouverte introduisant une souplesse dans l'interprétation des exceptions et limitations », proche du *fair use* anglo-saxon sans qu'il ne soit possible aux « Etats membres d'introduire des licences légales visant à compenser les titulaires de droits du préjudice causé par des actes permis par une exception ». La France a fait connaître sa ferme opposition à la multiplication des exceptions : « à force de « trous », le droit d'auteur ressemblerait à un gruyère »⁶⁹. Les amendements ont été également nombreux en ce sens devant le Parlement européen, ce qui a permis d'aboutir à un rapport plus prudent et plus équilibré⁷⁰.

b. Le résultat

Fouille de textes et de données (*text and data mining*). Le contenu de la proposition de directive est beaucoup plus mesuré puisqu'il se limite à la création d'une exception et

⁶⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, cons. 2.

⁶⁷ *Ibid.*, motifs p. 3.

⁶⁸ Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256 (INI)), janv. 2015.

⁶⁹ SIRINELLI Pierre, audition devant la Commission de la culture, de la communication et de l'éducation, Sénat, 10 mars 2015.

⁷⁰ Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256(INI)), juin 2015.

l'assouplissement d'exceptions déjà reconnues en 2001⁷¹. L'article 3 du texte entend ajouter une nouvelle exception obligatoire pour « les reproductions et extractions effectuées par des organismes de recherche, en vue de procéder à une fouille de textes et de données sur des œuvres ou autres objets protégés »⁷². Elle vient, en complément de l'exception facultative prévue à des fins de recherche scientifique⁷³, légitimer la pratique de l'exploration de textes, d'images ou de sons dans le cadre de travaux de recherches⁷⁴. Pour préserver les droits des titulaires, les dispositions conditionnent heureusement l'exception à l'accès licite à l'œuvre en cause et leur permettent de sécuriser les réseaux et bases de données où les œuvres sont hébergées. Pour préserver les droits des organismes de recherche, elles interdisent que le titulaire puisse conditionner par contrat l'accès l'œuvre en prohibant toute fouille. Titulaires et organismes de recherche sont incités à définir des bonnes pratiques en la matière. La finalité de l'exception ne saurait recevoir trop de contestations. La proposition de directive exclut opportunément tout but purement lucratif de la fouille par la définition de l'organisme de recherche qui doit agir « à titre non lucratif ou en réinvestissant tous les bénéfices dans ses recherches scientifiques; ou dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par un État membre »⁷⁵. La mise en œuvre de la règle emporte un important enjeu puisqu'aucune compensation n'est prévue⁷⁶. Elle s'avèrera extrêmement délicate dans un contexte où, les fonds publics manquant, les partenariats public-privé se développent. En France, la loi pour une république numérique a devancé l'adoption de la directive en instaurant une exception au bénéfice des « copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale »⁷⁷.

⁷¹ CASTETS-RENARD Céline (2016), "Marché unique numérique" : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur, Recueil Dalloz, p. 388

⁷² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final.

⁷³ Directive 2001/29/CE, art. 5, 3), a.

⁷⁴ L'article 2 de la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique la définit comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous forme numérique afin d'en dégager des informations telles que des constantes, des tendances et des corrélations ».

⁷⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 2.

⁷⁶ V. CASTETS-RENARD Céline (2016), "Marché unique numérique" : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur, Recueil Dalloz, p. 388.

⁷⁷ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 122-5, 10°.

Activités d'enseignements. La proposition entend aussi favoriser l'accès aux œuvres protégées dans le cadre de l'enseignement. Jusqu'à présent, il était prévu une exception facultative pour les utilisations à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement⁷⁸ qui a fait l'objet de transpositions disparates. Le législateur français avait fait le choix de la transposer en 2006 dans des conditions très restrictives⁷⁹. Il est envisagé une exception obligatoire « pour permettre l'utilisation numérique des œuvres et autres objets protégés à seule fin d'illustration dans le cadre de l'enseignement »⁸⁰. L'exception serait limitée « dans la mesure justifiée par l'objectif non commercial à atteindre », critère d'une mise en œuvre pratique difficile. Quid des établissements privés d'enseignement ? L'utilisation doit avoir lieu dans les locaux de l'établissement ou sur un intranet et doit s'accompagner dans la mesure du possible de l'indication de la source. Les Etats membres conservent toutefois une certaine marge de manœuvre sur les œuvres bénéficiant de l'exception. Ils peuvent en exclure certaines, comme l'a fait le législateur français avec les œuvres conçues à des fins pédagogiques et les partitions de musique⁸¹. Pour ces œuvres, une information devra être déployée pour solliciter des licences d'utilisation. Les intérêts des titulaires de droit sont en outre préservés par le versement d'une compensation équitable en contrepartie de ces utilisations.

Conservation. Au bénéfice des institutions de gestion du patrimoine culturel, la proposition ne contient finalement qu'une disposition prévoyant une exception obligatoire leur permettant « de réaliser des copies de toute œuvre ou tout autre objet protégé qui se trouve en permanence dans leurs collections, quel que soit sa forme ou son support, à la seule fin de la préservation (...) et dans la mesure nécessaire à cette préservation »⁸². Il ne s'agit plus ici d'une logique directe d'accès au contenu protégé, mais de préservation de ce contenu pour que l'on puisse y avoir encore accès à l'avenir. La numérisation des fonds à des fins de consultation à distance qui était initialement envisagée⁸³ ne semble plus être d'actualité. Les

⁷⁸ Directive 2001/29/CE, art. 5, 3), a.

⁷⁹ Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

⁸⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 4

⁸¹ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 122-5, 3°, e).

⁸² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 5.

⁸³ Communication de la Commission au parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2015) 626 final, déc. 2015.

nouvelles exceptions et limitations portées par la proposition de directive sont en définitive justifiées par des intérêts qui avaient déjà été pris en compte par la directive 2001/29, sont assez peu préjudiciables aux droits des auteurs et, pour certaines, sont compensées par une rémunération équitable. Fort heureusement la libération des contenus numériques ne constitue pas le seul vecteur de la politique de l'Union, qui entend également réguler les services numériques.

III. Réguler les services numériques

Réflexion tardive. Alors que les industries traditionnelles sont à la peine, le législateur de l'Union européenne voit dans les activités numériques un levier pour la croissance économique. C'est pourquoi les textes et la jurisprudence de l'Union ont été jusqu'à présent plutôt bienveillants à l'égard des acteurs du numérique pour limiter tout ce qui pourrait entraver leur développement. Le régime de responsabilité aménagée des intermédiaires techniques instauré par la directive commerce électronique 2000/31/CE est un des exemples les plus patents. Sauf que certains acteurs en ont profité notamment pour constituer des situations monopolistiques ou pour porter atteinte aux libertés individuelles. La réflexion sur la régulation des services numériques a émergé très tôt, mais a été portée par les instances de l'Union européenne assez tardivement. Elles se refusent pour le moment à adopter une approche générale des plateformes en ligne (A) pour préférer une approche sectorielle (B).

A. L'approche générale des plateformes en ligne

Définitions. Par application de la directive 2000/31/CE, les services numériques étaient qualifiés soit d'intermédiaires techniques soit d'éditeurs. Mais le développement du web 2.0 a permis à tout internaute de mettre à disposition des contenus par le biais des services de communication en ligne proposés, plaçant les services d'intermédiation à la croisée des deux qualifications. La notion de plateformes est d'abord économique. Elle est caractérisée « par les services qu'elles offrent, mais aussi par les effets sur leurs utilisateurs, les modèles d'affaires qu'elles supportent et les écosystèmes qu'elles permettent de structurer »⁸⁴. La notion est employée par la Commission européenne⁸⁵ et vient d'être définie par le législateur français comme « toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de

⁸⁴ MAXWELL Winston et PENARD Thierry (2015), La régulation des plateformes numériques en Europe, Livre blanc. V. aussi avis n° 2014-2 du Conseil national du numérique sur la neutralité des plateformes.

⁸⁵ La Commission illustre la notion par la liste suivante : « par exemple, les moteurs de recherche, les médias sociaux, les plateformes de commerce électronique, les boutiques d'applications, les comparateurs de prix » (Communication La Commission met à jour la réglementation de l'UE dans le domaine de l'audiovisuel et présente une approche ciblée des plateformes en ligne, 25 mai 2016, IP/16/1873).

manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur 1° le classement ou le référencement (...) 2° ou la mise en relation de plusieurs parties (...) »⁸⁶. Ces plateformes sont au sens du droit de l'Union des services de communication en ligne.

Responsabilité des plateformes. Le nœud du problème porte sur l'intensité des obligations que l'on entend imposer aux plateformes. Les autorités françaises sont favorables à renforcer la responsabilité de certains intermédiaires. Un rapport parlementaire a ainsi proposé de créer une nouvelle catégorie d'« éditeur de services » définie comme une « société qui retire un avantage économique direct de la consultation des contenus hébergés »⁸⁷ notamment par la publicité. Le Parlement européen a également suggéré de « procéder à une révision de la responsabilité des prestataires de services et des intermédiaires en vue de préciser leur statut et responsabilité juridiques en ce qui concerne les droits d'auteur, de veiller à ce que le devoir de diligence soit exercé tout au long du processus de création et de la chaîne d'approvisionnement, et de garantir une rémunération équitable des créateurs et titulaires de droits au sein de l'Union. »⁸⁸ Ce n'est malheureusement pas la position de la Commission qui, au contraire, entend maintenir l'actuel régime de responsabilité des intermédiaires techniques⁸⁹. Il faudrait sans aucun doute réviser la directive commerce électronique, car les qualifications élaborées à la fin des années 1990 sont complètement dépassées pour saisir les services actuels. L'absence d'obligation générale de surveillance est fort accommodante pour asseoir un service de communication en ligne sur des contenus en partie illicites.

Loyauté des plateformes (France). A défaut de pouvoir modifier seul la directive 2000/31/CE, le législateur français a encadré l'obligation de loyauté des opérateurs de plateformes en ligne dans leur relation avec les consommateurs. L'avancée est avant tout symbolique puisque l'obligation pesait déjà à leur égard en application du droit de la consommation et du droit des contrats. Elle permet toutefois au législateur d'énoncer clairement qu'il attend de ces services de communication en ligne qu'ils délivrent « une

⁸⁶ Code de la consommation, art. L. 111-7. V. ROCHFELD Judith et ZOLYNSKI Célia (2016), La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, Dalloz IP/IT, p. 520. V. avis n° 2014-2 du Conseil national du numérique sur la neutralité des plateformes.

⁸⁷ BETEILLE Laurent et YUNG Richard (2011), Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007, Rapport d'information n° 296 (2010-2011), fait au nom de la commission des lois du Sénat.

⁸⁸ Rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (2014/2256(INI)), juin 2015, considérant 45.

⁸⁹ Communication précitée, 25 mai 2016, IP/16/1873

information loyale, claire et transparente »⁹⁰ sur les conditions générales d'utilisation du service, sur les modalités de référencement et sur les relations patrimoniales qu'ils entretiennent avec des contenus, des biens ou des services auquel ils permettent d'accéder⁹¹. L'effectivité de l'obligation est assurée, pour les opérateurs les plus importants, par une diffusion aux internautes des bonnes pratiques qu'ils ont mis en place, sous le contrôle d'une autorité administrative⁹².

Obligation de coopération (Union européenne). La proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique se limite à imposer une obligation de coopération des plateformes à l'égard des titulaires de droit⁹³. Sont visés spécifiquement « les prestataires de services de la société de l'information qui stockent un grand nombre d'œuvres ou d'autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs et qui donnent accès à ces œuvres et autres objets ». Les dispositions les incitent à prendre des mesures destinées à lutter contre la mise à disposition de contenus illicites notamment par des techniques de reconnaissance des contenus, lesquelles mesures doivent être appropriées et proportionnées. Les Etats membres devront favoriser cette coopération. Le choix d'une directive, texte contraignant, pour inciter à l'autorégulation qui est déjà mise en œuvre par les opérateurs de plateforme les plus visitées présente un intérêt douteux⁹⁴. Toutefois, le texte comprend une disposition véritablement contraignante : les Etats devront veiller à ce que des dispositifs permettent de recueillir et de traiter les plaintes des titulaires et favoriser cette coopération. On voit que les autorités de l'Union européenne restent assez favorables aux plateformes auxquelles elles promettent « la sécurité d'un environnement juridique moderne et juste »⁹⁵. Sans complètement toutefois

⁹⁰ Code de la consommation, art. L. 111-7.

⁹¹ V. ROCHFELD Judith et ZOLYNSKI Célia (2016), La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, Dalloz IP/IT, p. 520 ; GRYMBAUM Luc (2016), Loyauté des plateformes : un champ d'application à redéfinir dans les limites du droit européen, La semaine juridique édition générale, p. 456.

⁹² Code de la consommation, art. L. 111-7-1.

⁹³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 13.

⁹⁴ V. CHATRY Sylvain (2016), L'échange illicite d'œuvres en ligne – aspects de propriété intellectuelle, in CHATRY Sylvain (dir.), La régulation d'Internet : regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, Mare et Martin, p. 95.

⁹⁵ ANSIP Andrus, vice-président pour le marché unique numérique, communication précitée, 25 mai 2016, IP/16/1873.

oublier les titulaires de droit d'auteur en s'intéressant aussi à leur « juste rémunération équitable »⁹⁶.

B. L'approche sectorielle des plateformes en ligne

Droit d'auteur et partage de la valeur. La Commission préfère retenir une approche ciblée pour « élaborer des règles analogues pour les services numériques comparables »⁹⁷. Elle n'a pas renoncé à ce que « les auteurs et titulaires de droits reçoivent une part équitable de la valeur générée par l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. »⁹⁸. La Commission propose d'y répondre très partiellement en reconnaissant un nouveau droit de propriété intellectuelle sur « les publications de presse en ce qui concerne les utilisations numériques »⁹⁹ pour une durée de vingt ans après la publication. L'objectif est louable : il s'agit de conférer aux éditeurs de presse un droit exclusif propre pour qu'ils puissent défendre le droit et négocier la réutilisation des articles par les agrégateurs de contenu. Le moyen laisse perplexe : la création d'un nouveau droit, conçu sur le modèle du droit d'auteur, ne sera pas nécessairement plus efficace, et soulèvera d'épineuses questions d'articulation. L'éditeur pourra en outre revendiquer une compensation équitable qui concurrencera la compensation versée à l'auteur¹⁰⁰. La cession du droit d'auteur ne lui suffit-il pas ? De son côté, le législateur français a ciblé les services automatisés de référencement d'images par la création d'un nouveau mécanisme de gestion obligatoire du droit de reproduction et de la représentation des œuvres d'art plastiques, graphiques ou photographiques par ces services qui est censé entrer en vigueur à compter du 7 janvier 2017¹⁰¹. On peut regretter que soit retenue une approche éclatée à mesure des revendications de certains secteurs.

Services des médias audiovisuels. Dans le prolongement, l'Union européenne entend notamment appréhender les services médias en ligne à l'égal des médias audiovisuels plus traditionnels afin qu'il n'y ait pas de secteur de l'audiovisuel à deux vitesses : l'un très régulé, l'autre complètement libéré. La proposition de directive modifiant la directive 2010/13/UE

⁹⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, art. 14 à 16. V. aussi Rapport sur une politique communautaire cohérente pour les secteurs de la culture et de la création, 30 nov. 2016, (2016/2072(INI)), Parlement européen.

⁹⁷ Communication précitée, 25 mai 2016, IP/16/1873.

⁹⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, sept. 2016, COM(2016) 593 final, motifs.

⁹⁹ *Ibid.*, art. 11.

¹⁰⁰ *Ibid.*, art. 12.

¹⁰¹ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 136-1 et s.

sur les services médias audiovisuels¹⁰² distingue les services de fourniture à la demande de vidéos et les services de plateforme de partage de vidéos. Pour les premiers, il s'agit de les assimiler pleinement à des services médias audiovisuels, par exemple, en matière de politique culturelle, en imposant qu'elles réservent au moins 20 % de leurs catalogues aux œuvres européennes, qu'elles les mettent en avant de manière adéquate et qu'elles participent au financement de certaines d'entre elles¹⁰³. Pour les seconds, elle propose une définition sectorielle des plateformes de partage de vidéos visées comme le service qui « consiste à stocker une grande quantité de programmes ou de vidéos créées par les utilisateurs, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme de partage de vidéos »¹⁰⁴, dont le contenu est organisé par le fournisseur de service « dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public »¹⁰⁵. Malgré la responsabilité aménagée dont ils bénéficient, ces services se verront appliquer un certain nombre des obligations des médias traditionnels telles que la protection des mineurs des contenus susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral ou la lutte contre les contenus comportant une incitation à la violence ou à la haine¹⁰⁶. Différents outils sont précisément exposés : dispositif de signalement, de contrôle de l'âge de l'internaute, de classification des contenus par les internautes, de contrôle parental... Une large place étant ici aussi laissée à l'autorégulation. L'approche est tout à fait pertinente, elle participe de l'adaptation de la régulation existante aux services de communication en ligne pour introduire une certaine équité entre services semblables et préserver les intérêts du public.

Conclusion

La stratégie pour un marché unique numérique vise ainsi à établir un équilibre entre la libéralisation des contenus numériques et la régulation des services numériques ; entre les services de communication en ligne et les titulaires de droit sur des contenus protégés. Il faut reconnaître que la balance ne penche pas nettement en défaveur des titulaires de droits. La réforme envisagée du droit d'auteur est finalement d'une portée assez limitée. Toutefois, on

¹⁰² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, avril 2016, 2016/0151 (COD), COM(2016) 287 final.

¹⁰³ *Ibid.*, art. 13.

¹⁰⁴ *Ibid.*, art. 1^{er}

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, art. 28 bis.

constate une certaine défiance à l'égard des titulaires de droits qui devront notamment accepter qu'une utilisation autorisée sur le territoire d'un Etat membre puisse être effectivement réalisée sur un autre territoire. Dans le même temps, les opérateurs de plateforme en ligne sont plutôt préservés puisqu'aucune aggravation de leur responsabilité n'est de manière générale envisagée. Il faut aussi constater que l'approche sectorielle, qui n'est que l'adaptation des règles de droit au monde virtuel, consiste à la mise en œuvre du pragmatisme européen. Les différents textes ou propositions de texte montrent aussi le souci de protection des libertés individuelles. La législation n'en est sur ce point qu'à son balbutiement, de nombreux défis notamment en matière de libre circulation des données restent encore à relever.

Bibliographie

BENABOU Valérie-Laure (2017), Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique, Dalloz IP/IT, p. 7.

BENABOU Valérie-Laure (2012), Commentaire du titre III de la prop. de dir. afférent à la concession par les sociétés de gestion collective de licences multi-territoriales sur des droits en ligne relatifs à des œuvres musicales, rapport CSPLA.

BETEILLE Laurent et YUNG Richard (2011), Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007, Rapport d'information n° 296 (2010-2011), fait au nom de la commission des lois du Sénat.

CASTETS-RENARD Céline (2016), « Marché unique numérique » : la Commission européenne présente les premières mesures en droit d'auteur, Recueil Dalloz, p. 388.

CASTETS-RENARD Céline, Des biens aux services numériques : de l'ère de la propriété à l'âge de l'accès (2015), in NETTER Emmanuel et CHAIGNEAU Aurélie (dir.), Les biens numériques, PUF, p. 203-220.

CHATRY Sylvain (2016), L'échange illicite d'œuvres en ligne – aspects de propriété intellectuelle, in CHATRY Sylvain (dir.), La régulation d'Internet : regards croisés de droit de la concurrence et de droit de la propriété intellectuelle, Mare et Martin, p. 95.

DELORS Jacques, Pour une nouvelle relance du marché unique (2013), Revue de l'Union européenne, p. 71.

DOUVILLE Thibaut (2016), La signature électronique après le règlement européen 910/2014 du 23 juillet 2014 (eIDAS), Recueil Dalloz, p. 2124.

DOUVILLE Thibaut (2016), Marché unique numérique et droit des contrats, La semaine juridique édition générale, p. 650.

GAVALDA Christian, PARLEANI Gilbert et LECOURT Benoît (2015), Droit des affaires de l'Union européenne, 7^e éd., Lexisnexis, coll. Manuel.

GOTZEN Frank et GAUBIAC Yves (2015), La protection du droit d'auteur dans un marché unique numérique connecté, La Semaine juridique édition générale, p. 2128.

GRYMBaum Luc (2016), Loyauté des plateformes : un champ d'application à redéfinir dans les limites du droit européen, La semaine juridique édition générale, p. 456.

MAXWELL Winston et PENARD Thierry (2015), La régulation des plateformes numériques en Europe, Livre blanc.

MEYER-LERECULEUR Catherine (2013), Exception « handicap » au droit d'auteur et développement de l'offre de publications accessibles à l'ère numérique, MCC-IGAC, rap. n° 2013-12.

PAUL Christian (2000), Du droit et des libertés sur internet : la corégulation, contribution française pour une régulation mondiale, rapport au Premier ministre ;

ROBIN Agnès (2015), Neutralité du Net : vers une consécration européenne du principe ?, Communication commerce électronique, étude 12.

ROCHFELD Judith et ZOLYNSKI Célia (2016), La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ?, Dalloz IP/IT, p. 520.

SAURON Jean-Luc (1997), Du marché commun au marché unique : le creuset de l'Europe du XXI^{ème} siècle, Revue du marché commun de l'Union européenne, p. 437

SIBONY Anne-Lise (2016), Trois propositions législatives de la Commission pour le marché unique numérique, Revue trimestrielle de droit européen, p. 169 ;

TREPOZ Edouard (2015), Le droit d'auteur : frein ou instrument d'un marché unique du numérique ?, Juris art etc., p. 29.

USUNIER Laurence (2016), Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et de fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d'une souris, Revue trimestrielle de droit civil, p. 304.

ZWANG Alexandra (2014), Droit d'auteur et internet, interactions croisées du droit d'auteur et du droit des NTIC, thèse, Université d'Aix-Marseille