

La *DS Market*, nouvelle idole de l'Union européenne en matière de droit d'auteur ?

Alain Strowel*

Introduction	1333
1. Le droit d'auteur dans la <i>Stratégie pour un marché unique numérique</i>	1334
1.1 Touche pas à mon droit d'auteur !	1334
1.2 Le droit d'auteur européen attiré par la maléfique <i>DS Market</i> ?	1335
2. Les axes de la <i>Stratégie DSM</i> en matière de droit d'auteur.	1336
2.1 Pas de droit d'auteur unifié	1336
2.2 Portabilité du contenu contre territorialité du droit d'auteur : le marché unique contre le financement de la culture ?	1336
2.3 L'exception YouTube est <i>out</i> , l'exception <i>data mining</i> est <i>in</i>	1338

© Alain Strowel, 2015.

* Avocat et professeur à l'Université Saint-Louis et à l'Université catholique de Louvain.

2.4	L'éternelle lutte contre les atteintes en ligne	1340
3.	Retour sur les liens complexes entre droit d'auteur et culture	1340
3.1	Droit d'auteur entre culture et marché	1340
3.2	Un souci pour la <i>diversité culturelle</i> dans la détermination de l'objet de la protection	1341
3.3	Le droit d'auteur soutient-il la diversité culturelle ?	1345
3.4	Le droit d'auteur, un outil mal adapté aux productions culturelles collectives	1346
	Conclusions : droit d'auteur et politique européenne à l'ère du numérique	1348

Introduction

La politique de l'Union européenne en matière de droit d'auteur est-elle dictée par les attraites et les contraintes du marché ? La dimension culturelle est-elle oubliée ? Telles sont les questions choisies pour cette contribution en l'honneur de Ghislain Roussel.

Les intrications entre droit d'auteur, marché et culture sont complexes. L'« européanisation » du droit d'auteur réalisée par la Cour de justice de l'Union européenne¹, à partir des directives adoptées depuis un quart de siècle, n'a rien changé à cet égard. Il serait incorrect de dire que le droit d'auteur a pris, sous l'influence de la politique et du droit européen, une orientation plus mercantile, occultant par là-même ses liens avec la culture. La politique européenne en droit d'auteur – suivant en cela l'approche française – tient compte depuis longtemps des « industries culturelles ». Mais ces industries ne sont plus ce qu'elles étaient dans les années 1980, lorsque l'harmonisation européenne du droit d'auteur a débuté. Aujourd'hui, tant à Paris qu'à Bruxelles, on se préoccupe surtout de l'influence des grandes plateformes de distribution de contenus culturels sur l'Internet, même si le terme de GAFA (couramment utilisé en France pour désigner Google, Amazon, Facebook et Apple) n'est pas répandu dans les couloirs des institutions européennes.

Ces plateformes sont aussi au cœur de la *Stratégie pour un marché unique numérique* (ci-après la *Stratégie*) rendue publique par la Commission européenne le 6 mai 2015² – en anglais la *DS Market Strategy*, une abréviation qui permet le jeu de mots repris dans le titre de cette contribution.

1. Voir Alain Strowel, « European Copyright: Beyond the Additions Made by the European Court of Justice, Some Pieces Are Still Missing », dans Marie-Christine Janssens and Geertui Van Overwalle (dir), *Harmonisation of European IP Law, In Honor of Fr. Gotzen* (Bruxelles, Larcier, 2012) aux pp 73-98 [Strowel European].
2. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, COM(2015) 192 final (voir notamment le point 3.3 de cette Communication), en ligne : <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/docs/dsm-communication_fr.pdf>.

1. Le droit d'auteur dans la Stratégie pour un marché unique numérique

1.1 Touche pas à mon droit d'auteur !

S'agissant du droit d'auteur, l'influence française est très marquée à Bruxelles, comme le rappelait un article du journal *Le Monde* sous le titre *Touche pas à mon droit d'auteur*³. Préserver le droit d'auteur, c'est « défendre un marqueur de l'exception culturelle hexagonale », précisément parce que ce droit est perçu comme « une base du financement de la culture hexagonale ». Et même plus : à suivre les propos du premier ministre français, Manuel Valls (Cannes, 19 mai 2015), le droit d'auteur est « non seulement un mécanisme protecteur des artistes, mais aussi le vecteur de notre identité collective, un vecteur d'innovation et de compétitivité de notre économie ».

Toucher à la territorialité du droit d'auteur est par exemple considéré par les milieux de l'audiovisuel comme une agression culturelle qui mérite une « frappe préventive » sur le plan communication. Ces milieux ont donc organisé une conférence de presse au Parlement européen (en avril 2015) avant que la Commission se soit expliquée sur sa stratégie numérique (en mai 2015)⁴. On y agita le spectre du « marché unique » qui, s'il était achevé en matière de numérique, signifierait la fin du droit d'auteur (ou plutôt l'impossibilité de vendre les droits audiovisuels pays par pays). Ce spectre est en même temps l'étendard européen par excellence qui, depuis Jacques Delors au moins, exhorte à plus d'harmonisation et moins de frontières. Pas étonnant dès lors que la Commission inscrive sa politique en matière de droit d'auteur dans une « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe ». Quelques jours après l'annonce de cette *Stratégie*, le commissaire allemand en charge du dossier, Gunther Oettinger, se voulait rassurant : « Soyons clairs », écrivait-il dans *Le Monde* (14 mai 2015), « nous ne voulons ni remettre en cause le principe de la territorialité des droits ni imposer des licences paneuropéennes »⁵. Il n'en reste pas moins que la politique en droit

3. Cécile Ducourtieux, « Touche pas à mon droit d'auteur » [2015-05-08] *Le Monde* à la p 2 du supplément Eco & Entreprise, en ligne : <http://www.lemonde.fr/economie/article/2015/05/07/touche-pas-a-mon-droit-d-auteur_4629361_3234.html>.

4. Voir l'intervention de réalisateurs de cinéma au Parlement européen le 15 avril 2015 : « Les cinéastes européens en colère. La Commission européenne remet en cause les fondations du droit d'auteur », [2015-04-16] *Le Soir* à la p 29.

5. *Le Monde*, 14 mai 2015 à la p 15, en ligne : <http://www.lemonde.fr/idees/article/2015/05/14/placer-la-diversite-culturelle-au-c-ur-de-l-ere-numerique_4639375_3232.html>.

d'auteur est intégrée à un projet de « marché unique numérique » – ou DSM (pour le *Digital Single Market* – ou la *DS Market* ?) dans la vulgate bruxelloise.

1.2 Le droit d'auteur européen attiré par la maléfique DS Market ?

Le droit d'auteur, comme d'autres droits de propriété, reste essentiellement un instrument d'organisation du marché⁶. Ce qui sonne mal à l'oreille de certains lobbyistes de la culture qui ont tendance, dans un même élan, à « idolâtrer » le droit d'auteur et à « diaboliser » le marché ! Des considérations économiques – incitation à l'investissement et, en même temps, garantie d'un retour sur investissement pour les industries culturelles – sont indéniablement au cœur du droit d'auteur. Le droit d'auteur, en pratique, c'est surtout des « droits », au sens de *royalties*, donc des revenus générés par une œuvre sur le marché ! Mais des considérations sociales – protection de la rémunération des créateurs – ainsi que culturelles – promotion de la diversité culturelle – peuvent aussi déterminer le contenu de certaines règles du droit d'auteur. Le droit d'auteur ne peut à lui seul définir une politique culturelle (ni une politique sociale pour le secteur de la création). Mais en garantissant la protection des productions de l'esprit les plus diverses, qu'elles soient de qualité ou pas, il soutient, comme on le rappellera plus loin, la diversité culturelle à travers le mécanisme du marché, sans parti pris (par exemple en faveur d'une « culture cultivée »). En droit d'auteur, il n'y a pas de trace d'une politique culturelle (venant « d'en-haut ») qui privilégierait directement tel ou tel contenu à valeur culturelle (ajoutée)⁷.

6. Pas étonnant dès lors que la compétence législative de l'Europe pour intervenir en matière de droit d'auteur repose sur les articles 4(2)(a) et 26 du *Traité sur le Fonctionnement de l'UE* (TFUE) visant à l'établissement d'un marché intérieur. Cette logique de marché (intéreur) pèse plus lourd en droit européen du droit d'auteur que l'exigence de l'article 167 TFUE de contribuer « à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun ».

7. Voir à ce propos Alain Strowel, « Quelles considérations culturelles dans la régulation du droit d'auteur à l'ère de la société de l'information ? », dans Céline Romainville (dir), *European Law and Cultural Policies – Droit européen et politiques culturelles* (Berlin, Peter Lang, 2015) aux pp 135-166.

2. Les axes de la Stratégie DSM en matière de droit d'auteur

2.1 Pas de droit d'auteur unifié

Si le droit d'auteur est fondé sur le marché, notamment en ce qu'il assure un financement proportionnel au succès de l'œuvre auprès du public, ce marché est au départ national. Faut-il rappeler qu'il n'existe pas de droit d'auteur européen (ni mondial), mais simplement un faisceau de droits d'auteur français, allemand, anglais, belge, etc., chacun valide sur le seul territoire national. Toutefois, parce que le droit international prohibe les formalités et consacre le traitement national, la protection des auteurs s'acquiert automatiquement dès la création de l'œuvre dans les 28 États de l'Union (et au-delà), ce qui occulte quelque peu le caractère territorial du droit. Il n'y a pas de titre unique à l'échelle de l'Union, et la Commission dans sa *Stratégie* du 6 mai 2015 n'envisage pas la création d'un droit d'auteur unique qui serait valide dans tous les États membres et sous-mis au même régime, comme c'est le cas avec d'autres droits intellectuels. En cela, la *Stratégie* est en retrait par rapport à d'anciennes Communications de la Commission qui évoquaient ce projet⁸.

2.2 Portabilité du contenu contre territorialité du droit d'auteur : le marché unique contre le financement de la culture ?

Le sujet de la portabilité des contenus et de l'accès transfrontalier aux services en ligne envisagé dans la *Stratégie* n'est pas nouveau, il était déjà au centre de l'initiative « Des Licences pour l'Europe » de la précédente Commission européenne. Lors du lancement de cette initiative (le 4 février 2013), l'ancien commissaire français, M. Barnier, notait que les consommateurs sont

trop souvent frustrés de ne pas pouvoir accéder en ligne à la diversité des contenus proposés dans d'autres États membres, alors même qu'ils seraient prêts à payer pour cela ! Ils se voient fréquemment refuser l'accès à certains sites ou sont redirigés vers leurs sites nationaux – quand ils existent. [...]

8. Voir par exemple Communication de la Commission, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle*, COM(2011) 287 final à la p 14. Avec d'autres membres de la *European Copyright Society*, je soutiens une initiative ambitieuse de création d'un titre européen en droit d'auteur, en ligne : <<http://ipkitten.blogspot.be/2014/12/european-copyright-society-tells.html>>.

Comment faire en sorte que les Européens puissent avoir un meilleur accès transnational aux services de musique et de vidéo en ligne ? Et comment mieux garantir la continuité de ces services lorsque ceux qui y souscrivent se déplacent en Europe avec leur smartphone ou leur tablette ?⁹

Il s'agit donc bien d'une question de distribution des contenus, non de création de contenus. Le problème est par exemple celui d'un anglais habitant en France qui ne peut accéder au service de films à la demande Netflix disponible au Royaume-Uni. L'impossibilité de réaliser des opérations transfrontalières en ligne heurte les participants du marché intérieur. En revanche, les producteurs audiovisuels insistent sur la nécessité de pouvoir octroyer des licences territorialement limitées (soit nationales, soit couvrant une zone linguistique homogène, comme l'Allemagne et l'Autriche). Cette fragmentation de l'offre en ligne se justifierait notamment par les exigences du financement des films et la volonté des principaux bailleurs de fonds de l'audiovisuel, à savoir les radiodiffuseurs, de ne pas acquérir de droits au-delà de l'espace territorial où ils sont principalement implantés. Forcer les télévisions à acquérir des licences paneuropéennes sur les films qu'elles financent aurait notamment pour effet que les droits sur les territoires situés en dehors de « l'empreinte commerciale » des radiodiffuseurs resteraient sous-exploités. Le financement par la publicité, les règles relatives aux quotas de production ou à la chronologie des médias sont aussi invoqués pour justifier le maintien de licences territoriales d'exploitation de contenus audiovisuels¹⁰. La question de l'accès transfrontalier des contenus a donc une indéniable dimension « marché unique », mais peut aussi impliquer des questions de financement de la culture (audiovisuelle)¹¹. La *Stratégie* n'explique pas comment le problème

9. Michel Barnier, *Des Licences pour l'Europe : des contenus de qualité et des opportunités nouvelles pour tous les européens à l'ère du numérique*, discours du 4 février 2013 aux pp 20 et s, en ligne : <europa.eu/rapid/press-release-SPEECH-13-97_fr.docx>. Le commissaire Barnier appelait à un démantèlement des obstacles en ligne, à l'image de ce que l'Europe a fait dans le monde physique depuis 50 ans.

10. Voir Alice Enders, Eva Knoll et Toby Syfret, « The value of territorial licensing to the EU », [2013-10-08] *Enders Analysis* aux p 8 et s, en ligne : <https://www.lets-goconnected.eu/fileadmin/Studies/Alice_Enders_-_The_value_of_territorial_licensing_-_FINAL_11_OCT_2013.pdf>. Un résumé de cette analyse des producteurs se trouve présenté par Alice Enders, « A licence to thrill? », [2014-10-24] *European Voice*, en ligne : <<http://www.europeanvoice.com/article/imported/licence-to-thrill-78544.aspx>>.

11. L'initiative « licences pour l'Europe » s'est achevée le 13 novembre 2013 par des engagements officiels des parties intéressées à davantage développer la

sera traité (par le droit de la concurrence ? par une réglementation des contrats ?). On reste donc sur sa faim.

2.3 L'exception YouTube est out, l'exception data mining est in

Internet donne bien entendu accès à des ressources que le temps ou la distance rendaient hors d'atteinte, il crée des opportunités nouvelles pour une société plus participative et des formes de collaboration inédites. En un mot, c'est indéniablement un puissant ferment de culture. Certains perçoivent le droit d'auteur comme un frein à l'accès aux productions culturelles par le plus grand nombre, donc à la diversité et à la démocratisation culturelle. On a soutenu que le droit d'auteur limite les réutilisations parodiques d'icônes culturelles, les *remix*¹² et autres *mashups*¹³, notamment sur les sites dits de « user-generated content » (« UGC » ou « contenus générés par les usagers ») comme YouTube. Les géants américains de l'Internet, tout spécialement Google, ont fait le siège des institutions européennes pour remettre en cause les contraintes que le droit d'auteur oppose aux nouveaux usages permis par le numérique. Ces acteurs peuvent en appeler aux droits des usagers et accrédi-ter le point de vue que « les fruits de la culture française sont trop gâtés », « (p)rotégés, aidés par l'Etat »¹⁴. La diversité culturelle mise en avant par les nouveaux acteurs du numérique qui plaident pour l'*empowerment* (à savoir la « capacitation », le « développement du pouvoir d'agir ») des usagers, a, comme l'écrivait Tristan Mattelart dans un autre contexte, « l'attrait de l'apparente évidence. Comment pourrait-on être opposé au pluralisme qu'elle implique ? » Attrayante, la notion de diversité culturelle, couplée à celle de démocratisation, pose question dans ce contexte :

portabilité des services en ligne. Voir en ligne : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1072_en.htm>.

12. Selon Wikipédia, un *remix* (mot anglais) « peut aller d'une simple version longue (qui réutilise alors la plupart des arrangements de la version originale) à une adaptation sous un genre musical radicalement différent de l'original ». Or, une nouvelle version ou adaptation requiert en principe une autorisation du point de vue du droit d'auteur.
13. Le *mashup* est défini sur Wikipédia comme un « genre musical hybride puisqu'il consiste en l'association, dans un même morceau, de deux ou plusieurs titres existants, généralement les parties vocales d'un morceau sur la musique d'un autre ». Le droit d'auteur peut limiter cette hybridation pratiquée notamment par les musiciens et DJs.
14. Selon les mots d'Alain Beuve-Méry, « L'industrie culturelle s'organise en lobby » [2013-11-08] *Le Monde*, 8 novembre 2013, en ligne : <http://www.lemonde.fr/culture/article/2013/11/07/l-industrie-culturelle-s-organise-en-lobby_35098363246.html>.

Ne permet-elle pas de légitimer tour à tour les politiques publiques destinées à promouvoir une certaine pluralité culturelle et les stratégies des entreprises culturelles et de communication œuvrant au nom d'un accroissement de la palette des choix des consommateurs ?¹⁵

À lire la *Stratégie* de la Commission, la campagne en faveur d'une « exception YouTube » n'a pas trouvé d'écho auprès des responsables européens : le point 2.4 de la *Stratégie*, intitulé « Améliorer l'accès au contenu numérique », ne mentionne pas la question des « contenus générés par les utilisateurs » et encore moins l'opportunité d'ajouter une exception *ad hoc*, ce qui révèle un changement de cap de la Commission¹⁶. D'ailleurs, le marché – et le mécanisme du droit exclusif – a en partie montré ses preuves : aujourd'hui, sur YouTube et d'autres plateformes, on trouve beaucoup de contenus (musiques, séquences animées, etc.) recyclés par des usagers, mais ces usages sont (souvent) couverts par les contrats généraux conclus avec les sociétés de gestion collective et les ayants droit, et donnent donc lieu à une rémunération de la création¹⁷. (Mais le niveau de rémunération reste sans doute modique, ce qui explique les critiques récurrentes à l'encontre d'une plateforme comme YouTube.)

Sur un autre point, la *Stratégie* de mai 2015 s'inscrit en continuité avec l'initiative « Des Licences pour l'Europe » qui voulait faciliter « l'exploitation du potentiel des nouvelles activités dites de « fouille » ou d'exploration des données et des textes *«text and data mining»* ». Très prudente, la Commission indique dans sa *Stratégie* qu'« il pourrait s'avérer nécessaire d'accroître la sécurité juridique pour permettre aux chercheurs et aux établissements d'enseignement » de pouvoir utiliser ces *Big Data* et ces textes. Une nouvelle exception pourrait être proposée, mais la Commission ne dit rien quant à ses contours. À suivre.

15. Tristan Mattelart, « Enjeux intellectuels de la diversité culturelle – Éléments de déconstruction théorique », (2009) 2 *Cultures prospectives*, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-culture-prospective-2009-2-page-1.htm>>.
16. L'initiative « Des licences pour l'Europe » lancée début 2013 par les trois anciens commissaires européens Barnier (DG Markt), Kroes (DG EAC en charge de la société de l'information) et Vassiliou (DG EAC en charge de la culture) mentionnait l'exception UGC comme l'un des grands chantiers.
17. Voir par exemple le contrat avec la SACEM, en ligne : <<http://obsession.nouvelobs.com/high-tech/20130403.OBS6515/youtube-la-sacem-conclut-un-nouveau-contrat-avec-la-plateforme.html>>.

3.4 L'éternelle lutte contre les atteintes en ligne

La Commission consacre quelques lignes de sa *Stratégie* à ce sujet. Elle vérifiera si le système des mesures civiles pour lutter contre la contrefaçon en ligne est efficace et équilibré. Elle testera en particulier l'approche *follow the money* (« suivez l'argent ») pour les infractions commises à une échelle commerciale. La Commission annonce aussi qu'il conviendrait de « clarifier les règles applicables aux activités des intermédiaires en ligne vu « la participation croissante de ces intermédiaires à la distribution du contenu ». Comme les intermédiaires ne sont plus ce qu'ils étaient (de purs fournisseurs de services techniques), mais des plateformes, on peut s'attendre à quelques vives discussions autour des exonérations de responsabilité prévues dans la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

Sur ces divers points, la Commission envisage de présenter des propositions législatives avant la fin de 2015. Mais rien n'est encore sûr quant à ce calendrier.

Avant de conclure sur la récente politique européenne en matière de droit d'auteur (est-ce véritablement une politique culturelle ?), revenons un instant sur les liens que le droit d'auteur entretient avec la culture.

3. Retour sur les liens complexes entre droit d'auteur et culture

3.1 Droit d'auteur entre culture et marché

Le lien entre droit d'auteur et culture semble évident : le droit d'auteur n'est-il pas, par excellence, le droit des créateurs de culture ? Mais quand on se demande quelles sont les considérations culturelles directement à l'œuvre dans la régulation du droit d'auteur en Europe, on reste un peu perplexe. Le droit d'auteur se soucie-t-il vraiment de promouvoir la culture ? Le technicien de la propriété intellectuelle peut hésiter car la pratique quotidienne du droit d'auteur, avec ses litiges et ses contrats, ne se préoccupe pas trop de culture, il est plutôt question de partager les revenus en délimitant les pratiques interdites par la loi ou celles autorisées par contrat. Mais les préoccupations culturelles ne sont pas absentes pour autant. Ainsi, lorsque John Huston et ses héritiers assignent une chaîne de télévision qui entend diffuser une version colorisée d'un film noir et

blanc (et que la cour de cassation française leur donne raison)¹⁸, n'en va-t-il pas de la préservation de l'intégrité culturelle des œuvres ? Lorsque les journaux francophones belges font condamner Google pour atteinte au droit d'auteur¹⁹, que l'association danoise des éditeurs de journaux obtient un arrêt de principe de la Cour de justice de l'Union européenne à l'encontre d'un agrégateur de news (*Infopaq*)²⁰ ou que la presse allemande parvient à faire adopter par le Bundestag une loi permettant d'interdire la reprise d'extraits d'articles²¹, il s'agit certes d'assurer la pérennité des revenus des éditeurs de presse dans le monde « en ligne », mais n'en va-t-il pas aussi de la défense du pluralisme des médias, condition indispensable à la vitalité de la culture démocratique ? En protégeant la rémunération des créateurs (et éditeurs) et en préservant l'intégrité culturelle des œuvres, le droit d'auteur assume des fonctions culturelles.

3.2 Un souci pour la diversité culturelle dans la détermination de l'objet de la protection

Le droit d'auteur est « esthétiquement neutre » ou « culturellement incolore ». La valeur esthétique ou la qualité culturelle d'une œuvre n'est en effet pas une condition de sa protection. Bien au contraire, le droit d'auteur se veut neutre à cet égard car les juges n'ont pas à se transformer en jury d'art ou patrons de la culture. Ainsi, l'article L. 112-1 du Code français de la propriété intellectuelle (CPI)

18. L'affaire *John Huston c La cinq* avait donné lieu à un arrêt de principe de la Cour de cassation française, 28 mai 1991, [1991] JCP 21731 à 320, obs André Françon ; [1992] JDI 135, obs Bernard Edelman. Voir Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright, Divergences et convergences* (Bruxelles, Bruylant/LGDJ, 1993) aux pp 59-70 [Strowel Divergences].
19. Affaire *Copiepress c Google* (Bruxelles, 5 mai 2011), (2011) 44 RTDI 35 ; (2011) 1 ICIP-L'ingénieur-conseil 56 (en première instance : Civ Bruxelles, 13 février 2007, (2007) 1:2 A&M 107). Pour un commentaire, Alain Strowel, « La réutilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur : récents développements jurisprudentiels et législatifs », 2012 *Journal des Tribunaux* 827.
20. CJUE, 16 juillet 2009, C-5/08 *Infopaq*. Sur le rôle séminal de l'arrêt *Infopaq*, voir Stephen Voudsen, « *Infopaq* and the Europeanisation of Copyright Law », (2010) 1:2 WIPo Journal 197, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/wipo_journal/wipo_journal_1_2.pdf>; Eleonora Rosati, « Originality in a Work, or a Work of Originality: The Effects of the *Infopaq* Decision », (2011) 12 *European Intellectual Property Report* 748 (« probably, neither policy papers nor legislative instruments have ever been capable of providing changes as abrupt and radical as the ones brought about by the CJEU in the *Infopaq* decision »).
21. La loi allemande sur « la protection de prestations des éditeurs de presse » (*Leistungsschutzrecht für Presseverleger*) est entrée en vigueur le 1^{er} août 2013. Qualifiée de loi « anti-Google », elle offre une protection d'un an contre la reprise d'extraits (*snippets*) d'articles publiés.

précise que la protection vaut pour « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient [...] le mérite ou la destination ». Le caractère esthétique de l'œuvre ne peut déterminer l'existence ou non de la protection par le droit d'auteur²². À travers cette condition négative, la neutralité culturelle, artistique ou esthétique est au cœur de la protection par le droit d'auteur.

Le droit d'auteur conduit donc à briser le syntagme « œuvre d'art » : en droit d'auteur, il y a de l'œuvre tout court ou, si l'on préfère, de l'œuvre de l'esprit, dont l'œuvre d'art n'est qu'une illustration. Ainsi, l'article L. 112-2 du CPI énonce que :

sont considérées notamment comme œuvres de l'esprit : les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; les compositions musicales avec ou sans paroles ; les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres graphiques et typographiques ; les œuvres photographiques (...) ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure.²³

L'énumération légale ne fournit pas une liste d'œuvres protégées, mais une liste d'œuvres de l'esprit *susceptibles* d'être protégées. Pour l'être effectivement, encore faut-il que ces écrits, conférences, etc., constituent des créations originales.

L'originalité en tant que condition positive de protection par le droit d'auteur se laisse déduire de l'empreinte laissée par la personnalité de l'auteur. La Cour de justice de l'Union européenne l'a

22. Voir en France : Cass plén., 7 mars 1986, [1986] D 405 conclusions Cabannes et note Edelman (à propos de jeux vidéos) et en Belgique : Cass, 27 avril 1989, [1989] Pasicrisie belge 908.

23. Dans cette reprise de l'énumération de l'article L. 112-2 CPI est omise la numérotation des diverses œuvres de l'esprit.

clairement affirmé dans une affaire relative à la protection d'une photographie de portrait. L'article 6 de la directive 93/98 relative à l'harmonisation de la durée du droit d'auteur et de certains droits voisins prévoit que sont protégées les photographies originales « en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur ». Le dix-septième considérant de cette directive 93/98 précise que

pour obtenir une harmonisation suffisante de la durée de protection des œuvres photographiques, [...] il est nécessaire de définir le niveau d'originalité requis dans la présente directive ; [...] une œuvre photographique [...] doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou la destination, ne soient pris en compte.

Même reconnaissance de la neutralité de la protection qui fonctionne sans considération pour la valeur culturelle. Pour la Cour de justice, l'originalité est présente :

si l'auteur a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l'œuvre en effectuant des choix libres et créatifs [...] S'agissant d'une photographie de portrait, il y a lieu de relever que l'auteur pourra effectuer ses choix libres et créatifs de plusieurs manières et à différents moments lors de sa réalisation. Au stade de la phase préparatoire, l'auteur pourra choisir la mise en scène, la pose de la personne à photographier ou l'éclairage. Lors de la prise de la photographie de portrait, il pourra choisir le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée. Enfin, lors du tirage du cliché, l'auteur pourra choisir parmi diverses techniques de développement qui existent celle qu'il souhaite adopter, ou encore procéder, le cas échéant, à l'emploi de logiciels. À travers ces différents choix, l'auteur d'une photographie de portrait est ainsi en mesure d'imprimer sa « touche personnelle » à l'œuvre créée. Par conséquent, s'agissant d'une photographie de portrait, la marge dont dispose l'auteur pour exercer ses capacités créatives ne sera pas nécessairement réduite, voire inexistante [...] il y a donc lieu de considérer qu'une photographie de portrait est susceptible, en vertu de l'article 6 de la directive 93/98, d'être protégée par le droit d'auteur à condition, [...] qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité

de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie.²⁴

Cette interprétation de la Cour, anticipée par l'arrêt *Infopaq* et confirmée par d'autres arrêts²⁵, est tout à fait conforme à l'approche traditionnelle du critère d'originalité au niveau national (en tout cas en France et en Belgique²⁶). Néanmoins, en pratique, la difficulté d'identifier la trace de l'auteur conduit souvent les juges à se prononcer sur le « beau » ou en tout cas la « valeur culturelle ». Il est en effet « chimérique d'espérer empêcher complètement (...) que le magistrat, en son for intérieur, ne fasse entrer en ligne de compte la valeur de l'œuvre, lorsqu'il s'agit de décider si elle est ou non originale »²⁷. Tel est notamment le cas en matière de photographie, où beaucoup de juges sont tentés de faire un tri entre les bonnes photos protégées et les photos non dignes de protection parce que banales ou dénuées de valeur.

Dans d'autres circonstances, la jurisprudence a été très généreuse et a reconnu comme protégées de multiples « petites monnaies » de la création. Au 19^{ème} siècle, les juges avaient déjà accordé le titre d'œuvres protégées à de chétives productions telles que : des panonceaux de notaire, des poignées de couteau de chasse, des sujets en bronze servant de presse-papier, des modèles de marteau de porte, etc. Plus récemment, on a protégé : un panier à salade, un décapsuleur, des présentoirs d'allumettes, des biberons, des parfums, des sacoches pour vélo, un piton de tente, etc. La liste est infinie de ces menues créations culturelles. Peu d'objets de tous les jours échappent à une possible protection par le droit d'auteur dans un système qui, comme en France et en Belgique, repose sur la théorie de « l'unité de l'art » : pas de différence entre les Beaux-Arts et les arts dits « appliqués ».

La neutralité confirmée dans le droit européen du droit d'auteur garantit la protection des productions de l'esprit les plus diverses. En ce sens, le mécanisme du droit d'auteur assure la diversité, sans parti pris.

24. CJUE, 1^{er} décembre 2011, C-145/10 (*Eva-Maria Painer c Standard Verlags GmbH*) aux §§88-94 (*Painer*).
25. Outre l'arrêt *Painer*, *supra* note 24, l'arrêt *Football Dataco* de la CJUE (1^{er} mars 2012, C-604/10 (*Football Dataco Ltd c Yahoo ! UK Ltd*)) confirme que la Cour adopte une approche classique sur le continent européen quant aux critères de protection.
26. Voir Strowel European, *supra* note 1.
27. André Françon, « Préface » à l'ouvrage de Carine Carreau, *Mérite et droit d'auteur* (Paris, LGDJ, 1981) à la p 10.

3.3 Le droit d'auteur soutient-il la diversité culturelle ?

Oui et non. Tout dépend de ce que l'on appelle « diversité culturelle ». Et, bien entendu, de la définition de la culture que l'on a à l'esprit.

Oui, dans un sens large, la protection indifférente de toutes les créations de l'esprit soutient la diversité culturelle. Du reste, la notion de diversité est peut-être synonyme de culture. C'est ainsi que l'on peut interpréter les formules de l'Unesco : « La diversité n'est pas entre les cultures, mais inhérente à l'idée même de culture, et donc constitutive des cultures » ; « La richesse culturelle du monde, c'est sa diversité en dialogue »²⁸. La Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle (2 novembre 2001) préserverait « la diversité culturelle comme processus évolutif et capacité d'expression, de création et d'innovation ». D'une manière différente, le droit d'auteur lui aussi soutient la « capacité d'expression, de création et d'innovation » (même l'innovation dans des secteurs plus techniques ou industriels comme le logiciel ou le design). Les grands textes internationaux sur la diversité culturelle tels que la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 2005 et la Déclaration de l'Unesco sur la diversité culturelle associent d'ailleurs la promotion de la diversité culturelle et le soutien à la créativité à travers le droit d'auteur. Alors que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme que « l'Union respecte la diversité culturelle » (article 22) sans définir ce qu'il faut entendre par là, l'article 4 de la Convention sur la diversité des expressions culturelles définit la diversité culturelle comme :

la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. [...] (Cette diversité) se manifeste [...] aussi à travers divers modes de création artistique, de production, de diffusion, de distribution et de jouissance des expressions culturelles, quels que soient les moyens et les technologies utilisés

Si diversité culturelle devient synonyme d'ouverture à toutes les formes de création par l'être humain, bien au-delà des secteurs artistiques, si la diversité culturelle se manifeste aussi par la diver-

28. Voir en ligne : <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160m.pdf>> et la présentation de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle par le directeur-général de l'Unesco. Sans doute, la direction générale de l'éducation et de la culture (DG EAC) de la Commission européenne adopte-t-elle une même vision occuméniste de la culture.

sité des modes de diffusion et de distribution des expressions culturelles, alors, oui, le droit d'auteur soutient la diversité culturelle en incitant à mettre en place de nouveaux modes d'exploitation et de distribution des œuvres. Du reste, le point 17 du préambule de la Convention reconnaît officiellement « l'importance des droits de propriété intellectuelle pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle ».

Mais, en même temps, on pourrait répondre : non, le droit d'auteur ne promeut pas la diversité culturelle car il profite surtout aux industries de la culture qui peuvent uniformiser les contenus culturels et réduire la vitalité des cultures populaires traditionnelles. Le droit d'auteur en effet profite avant tout à l'industrie qui produit et distribue des contenus, bien plus qu'à ceux qui sont à la source de la création, même si le droit d'auteur continental continue à mettre l'auteur au centre du dispositif juridique, contrairement au copyright (américain) qui, s'agissant des œuvres d'employés ou sur commande, crée un « corporate copyright » ou un « droit d'auteur sans auteurs »²⁹.

En outre, le droit d'auteur ne renforce pas le patrimoine commun – en tout cas à court terme – et n'opère pas en faveur du partage culturel. Le droit d'auteur, d'une certaine façon, retire certains objets de création du patrimoine commun et ce, pendant une durée limitée : en offrant un moyen d'appropriation privée, il confère à ceux qui ont les droits (souvent des intermédiaires économiques) le moyen d'en tirer des revenus. L'exploitation passe par un savant mélange d'autorisations permettant la « monétisation » de l'œuvre et d'interdictions d'usage afin de préserver le marché. Vu sous l'angle du droit exclusif, permettant la réservation pour soi et l'exclusion d'autrui, le droit d'auteur semble loin, très loin de l'idéologie du partage et de l'échange culturel.

3.4 Le droit d'auteur, un outil mal adapté aux productions culturelles collectives

Le droit d'auteur est un droit de propriété qui permet de transférer des productions intellectuelles en biens que l'on peut exploiter par contrat. C'est le droit pour un individu – que l'on a sacralisé sous le courant romantique du 19^{ème} siècle – de conserver un contrôle sur la progéniture de son esprit. Le droit d'auteur, par son empreinte individualiste, n'est pas adapté à la protection des productions cultu-

29. Voir à ce propos Strowel Divergences, *supra* note 18.

relles collectives. Selon l'article 2(1) de la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* adoptée le 17 octobre 2003,

On entend par patrimoine culturel immatériel les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine.

Ont par exemple été reconnus comme des éléments du patrimoine immatériel méritant une sauvegarde urgente :

- l'art du tapis traditionnel kirghiz en feutre,
- la musique de trompes en calebasse et danse du royaume du Busoga en Ouganda,
- le sac multifonctionnel noué ou tissé, artisanat du peuple de Papouasie,
- le tissage traditionnel dans les Émirats arabes unis, etc.

Parce qu'il protège difficilement toutes ces créations collectives, y compris les pratiques artisanales, le folklore ou l'art premier et aborigène (un problème récurrent au Canada et en Australie), le droit d'auteur n'est pas propice au développement du patrimoine culturel immatériel – ou du patrimoine vivant. Or, selon la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, ce patrimoine culturel immatériel est précisément la source principale de notre diversité culturelle. En ce sens, le droit d'auteur n'alimente pas la diversité culturelle née des pratiques collectives.

Conclusions : droit d'auteur et politique européenne à l'ère du numérique

Revenons au numérique et à la politique européenne en droit d'auteur. En définitive, la Commission européenne n'a pas dévoilé grand-chose dans sa *Stratégie* de mai 2015. Les sujets actuellement envisagés montrent toutefois que l'agenda européen pour le droit d'auteur est presque exclusivement défini par les défis du numérique. Toute la politique culturelle est du reste aux prises avec le numérique et les nouvelles industries culturelles depuis plusieurs années.

Intitulé de manière symptomatique « La culture, ministère amer », un article du journal *Le Monde*³⁰ mettait déjà bien en évidence un certain désarroi des responsables de la culture :

En quinze ans, le centre de gravité du champ culturel s'est déplacé. Internet a affolé les boussoles, déplacé les frontières. Du public au privé, du national au global, du réel au virtuel. Aujourd'hui, les géants de la culture ne s'appellent plus le Louvre, le Metropolitan Opera à New York ou la Royal Shakespeare Company en Angleterre, ni même Universal Music ou Columbia Pictures, les majors (...). Au cœur de la distribution de produits culturels trônent Amazon et ses livres, Apple et sa musique en ligne, Google et ses vidéos, ses films, son musée virtuel. Des firmes qui, il y a encore quinze ans, ne pesaient rien dans le secteur (...). L'obsession de la ministre « de la culture et de la communication » n'est plus les artistes ni même la démocratisation culturelle, mais les industries culturelles : tout ce champ sur lequel le ministère n'a que peu d'emprises tant il a été investi par des entreprises privées, parfois tentaculaires, aux règles et aux valeurs bien éloignées des siennes.

Que les décideurs de la culture soient obsédés par les industries culturelles n'est en fait pas neuf. Le terme d'« industrie culturelle », aujourd'hui galvaudé, apparaît fin des années 1970. Un texte d'Augustin Girard paru dans *Futuribles* en 1978 (et récemment republié³¹) montre déjà la préoccupation industrielle des responsables de la culture : reconnaissant que « toutes les politiques culturelles à travers le monde sont des politiques d'élargissement de l'accès

30. Nathalie Herzberg, « La gauche a-t-elle trahi la culture ? », [2012-11-17] *Le Monde*, en ligne : <http://www.lemonde.fr/culture/article/2012/11/15/la-gauche-a-t-elle-trahi-la-culture_1791418_3246.html>.

31. Ce texte a été judicieusement republié dans [2010] 1 *Culture prospective* 15.

du public à la culture », l'auteur constatait il y a plus de 35 ans, avec un peu de dépit, que « le progrès de la démocratisation [...] est en train de se réaliser avec beaucoup plus d'ampleur par les produits industriels accessibles sur le marché³² qu'avec les « produits » subventionnés par la puissance publique ».

Par le passé, les « industries culturelles » ont accéléré la démocratisation culturelle et influencé certaines politiques culturelles. Elles ont en tout cas laissé des traces dans la régulation du droit d'auteur. Ces industries qui défient les décideurs de la culture ont fondamentalement changé : aujourd'hui, ce ne sont plus des producteurs (les *majors* de la musique ou du cinéma dont on se méfiait jadis et que l'on a un peu oublié aujourd'hui), mais des distributeurs en ligne (les GAFA) qui apparaissent comme les « industries culturelles » déterminant l'agenda des décideurs. De nouvelles industries qui, contrairement aux anciennes, peuvent s'appuyer sur les revendications des consommateurs pour plus d'accès et à un prix moindre. Certaines demandes (notamment en termes de portabilité des contenus) pourraient remettre en cause les mécanismes de financement de la culture si cela aboutissait à imposer des licences paneuropéennes. Tel n'est toutefois pas l'objectif de la Commission Juncker en matière de DSM.

L'évolution vers le numérique a d'autres conséquences lourdes en termes de prescription culturelle. Ce volet est singulièrement absent dans la *Stratégie* européenne. De même que dans le domaine de la presse, Internet transforme « les entreprises qui gèrent la navigation en géant, et celles qui produisent du contenu en nains », selon la juste formule de Bruno Patino et Jean-François Fogel³³, dans le secteur de la culture, ces infomédiaires qui possèdent de formidables outils de recommandation et de classement des contenus deviennent

32. Il cite les disques (objet industriel qui, à l'époque, commençait à être distribué en libre service dans les supermarchés) et les listes des *hit-parades* et des *best-sellers* (médiatisés par la presse et la radio-télévision). Le mode de distribution (par le disque) a disparu et les formats ont radicalement évolué (vers le CD, puis le fichier MP3 stocké, aujourd'hui le fichier en *streaming*). Le mode de sélection de l'offre culturelle (par *hit-parade*) lui demeure, sauf que c'est l'ensemble de la planète qui décide des *hits* (voir le succès de *Gangnam style* sur YouTube) et que de multiples algorithmes (déterminés par les ingénieurs d'Amazon et de Google) classent, à notre insu, l'offre de produits.

33. Bruno Patino et Jean-François Fogel, *Une presse sans Gutenberg* (Paris, Grasset, 2005) à la p. 68. Le livre montre bien comment le pouvoir d'informer échappe aux médias traditionnels pour tomber entre les mains de ceux qui contrôlent la navigation et les paramètres sur Internet. Voir aussi Alain Strowel, *Quand Google défie le droit* (Bruxelles, De Boeck-Larcier, 2011) notamment les chapitres I à III sur respectivement les livres, la presse et l'audiovisuel.

les vecteurs et prescripteurs de la culture – mais davantage que les anciennes industries culturelles, ancrées au niveau national, ils échappent, en tant qu'acteurs globaux, à toute régulation (culturelle). Autrefois, le tri culturel opéré par les mandarins de la culture révélait souvent une forme d'élitisme culturel ; aujourd'hui, les outils algorithmiques déterminent « la tête de gondole »³⁴ en ligne. Mais quelles préférences sont-elles cachées derrière les algorithmes de référencement, soi-disant neutres car calqués sur les demandes les plus populaires ? Que penser des algorithmes plébiscitaires qui rendent certains contenus visibles³⁵ parmi la masse de contenus accessibles ? Que nous réserve le monde culturel en ligne auquel on aura facilement accès, mais à quel prix ?

Tout cela mérite réflexion au-delà des questions de portabilité et d'accès transfrontalier, de *data mining*, de responsabilités des intermédiaires qui sont au cœur de la *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe* de la Commission.

34. En référence à l'espace privilégié réservé dans les grandes surfaces à certaines marchandises d'appel.

35. La question pourrait se prolonger par une réflexion sur la culture démocratique générée par l'Internet ; voir Dominique Cardon, *La démocratie Internet. Promesses et limites*, coll La république des idées (Paris, Seuil, 2010).