

Réponses françaises
au questionnaire pour les journées d'étude de Dublin,
30 juin - 1er juillet 2011

Conformément à la tradition du groupe français de l'ALAI, les réponses au questionnaire ont été élaborées par différentes personnes et, présentées, pour validation, à l'ensemble du groupe (AFPIDA) lors de réunions de travail.

C'est le résultat de ce travail de l'ensemble du groupe qui est ici réuni. Bien qu'il s'agisse donc de la position officielle du groupe français, il est, néanmoins, possible d'attribuer aux rédacteurs suivants les différentes contributions :

Questions 1 & 2 : **Alexandra Bensamoun**, maître de conférences à l'Université Paris-Sud 11, Faculté Jean Monnet

Question 3 : M^o **Gilles Vercken & Louis-Marie Armanet**, Cabinet Gilles Vercken

Question 5 : **Florence Marie-Piriou**, directrice juridique de la Sofia

Questions 4 & 6 : **Emmanuel Derieux**, professeur à l'Université Paris-II (Panthéon Assas) et **Agnès Granchet**, maître de conférences à l'Université Paris-II (Panthéon Assas)

Question 7 : **Pierre Sirinelli**, professeur à l'Université Paris-I (Panthéon Sorbonne)

Questions 1 et 2

Objet de la protection – Œuvres & Création – Critère d'originalité

par

Alexandra Bensamoun,
Maître de conférences HDR,
Cerdi (Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel),
Université Paris-Sud 11, Faculté Jean Monnet.

1. Objet de la protection – Œuvres

1.1 Quelle est la définition d'une œuvre littéraire donnée par votre législateur ou votre jurisprudence ? En particulier, comment est protégée l'expression orale ? La parole impromptue constitue-t-elle une œuvre littéraire et quelles en sont les conditions de protection ?

L'œuvre littéraire n'est pas définie par le législateur dans la mesure où elle ne suit pas de régime spécial. En tout état de cause, le législateur français a fait le choix de ne même pas définir la notion générique d'œuvre de l'esprit, illustrant ainsi la technique des « notions-cadres »¹, par laquelle il délègue une partie de son pouvoir normatif au juge pour permettre une adaptabilité et une souplesse naturelle du droit. C'est que, sur ce point notamment, la création de la norme emprunte un chemin particulier, celui de la collaboration entre le législateur et le juge. Dans ces conditions, la jurisprudence n'a pas plus définie l'œuvre littéraire.

En revanche, le législateur a cité quelques créations relevant de l'écrit et susceptibles d'accéder à la protection du droit d'auteur à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI), « notamment » : « 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ». Le législateur a également énoncé certains critères indifférents à l'accès à la protection à l'article L. 112-1² du CPI, notamment le genre et la forme d'expression.

¹ V. not. G. Cornu, *Droit civil approfondi : l'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Cours de D.E.S., Les cours de droit, Paris, 1970-1971, p. 134.

² « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

A partir de ce donné légal, la jurisprudence a pu préciser que l'adverbe « notamment », présent à l'article L. 112-2, permet d'appréhender les créations perceptibles par l'ouïe³ et il importe peu que l'œuvre soit fixée sur un support ou qu'elle soit simplement orale. Toute création de forme originale peut accéder à la réservation. Ont ainsi été accueillis dans l'antre du droit d'auteur : des cours d'enseignement de Roland Barthes⁴, des séminaires de Lacan⁵, des discours d'un Président de la République⁶ ou encore des sketches d'un fameux humoriste⁷...

En conséquence, la parole impromptue ne suit aucun régime particulier. Si la qualification d'œuvre de l'esprit est faite, elle pourra être protégée par le droit d'auteur. Ainsi le droit d'auteur français s'ouvre également au génie de l'improvisation⁸. Mais l'affirmation devra être nuancée car la création nécessite une démarche consciente. Sur ce point, la Cour de cassation a déjà exclu la spontanéité du giron du droit d'auteur, à propos d'un cours dispensé par un instituteur lequel avait été filmé dans un documentaire⁹. Il faut d'ailleurs mettre en exergue le fait que la jurisprudence se montre assez réservée (sans doute aussi pour des raisons de simplification liées à l'œuvre audiovisuelle) pour reconnaître le statut d'auteurs aux personnes interviewées. Notamment, Jacques Mayol, principal interprète d'un film dont il est également le sujet, ne s'est pas vu reconnaître la qualité de coauteur, alors même qu'il était interrogé par le réalisateur ; les juges ont en effet noté que le célèbre plongeur apnéiste ne produisait aucune pièce démontrant qu'il avait participé à la création intellectuelle de l'œuvre audiovisuelle¹⁰.

1.2 Les œuvres concises – gros titres d'un journal, formules (slogans, notamment), titres de livres... – sont-elles protégées par la loi ? La jurisprudence fournit-elle des indications quant à leur protection ? Cette question fait-elle l'objet de règles *de minimis* ? [Au sein de l'UE, évoquer l'arrêt *Infopaq* et la manière dont cet arrêt est pris en compte par le droit national].

La longueur d'une œuvre ne saurait constituer un critère d'appréciation pour accorder ou refuser la protection du droit d'auteur, au risque de tomber sous le coup de l'interdiction de la prise en compte du mérite (art. L 112-1 CPI). Dans ces conditions, les œuvres concises peuvent être protégées dès lors qu'elles remplissent les conditions de création de forme et d'originalité. On notera cependant que les juges du fond prennent parfois des libertés avec ce principe et retiennent dans certaines affaires, au moins indirectement, le critère du mérite¹¹. C'est qu'il est difficile de reconnaître l'originalité – traditionnellement définie comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur – dans une succession de si peu de mots. Par

³ CA Paris, 3 juill. 1975, *RIDA* janv. 1977, p. 108.

⁴ CA Paris, 24 nov. 1992, *RIDA* janv. 1993, p. 191.

⁵ TGI Paris, 11 déc. 1985, *D.* 1987, IR 155, obs. Colombet.

⁶ TGI Paris, 25 oct. 1995, *RIDA*, janv. 1996, p. 294 et 203, obs. Kéréver.

⁷ CA Paris, 10 sept. 1996, *RIDA* janv. 1997, p. 345.

⁸ Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1970, *Manitas de Plata*, *D.* 1970, p. 734, note B. Edelman.

⁹ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Etre et avoir*, *RIDA* avr. 2009, p. 261, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009, p. 128, obs. F. Pollaud-Dulian ; *D.* 2008, p. 3009.

¹⁰ CA Paris, 9 oct. 1995, *RIDA* avr. 1996, p. 311.

¹¹ Sur la relativité de la règle, posant le mérite comme un « critère inéluctable de la protection des œuvres de l'esprit », C. Carreau, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, 1981, n° 335 s.

exemple, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 juin 1990, a décidé que l'expression « t'as de beaux yeux, tu sais », tirée des dialogues de Prévert dans le film *Quai des brumes*, est protégeable en dépit de sa banalité, au motif qu'elle est devenue « une des répliques les plus célèbres du cinéma »¹².

S'agissant des slogans publicitaires, les juges ont plusieurs fois rappelé que rien ne s'opposait, en principe, à ce qu'ils bénéficient de la protection accordée aux œuvres de l'esprit dès lors qu'ils sont originaux, ce qui ne saurait se réduire à un « certain investissement intellectuel »¹³.

Pour autant, la jurisprudence n'est pas toujours aussi exigeante, comme on a pu le voir plus haut. C'est aussi le cas, en particulier, pour les titres¹⁴. Les titres bénéficient d'un régime spécial énoncé à l'article L. 112-4 du CPI. Le 1^{er} alinéa rappelle le droit commun, à savoir que les titres peuvent être protégés – et ce, indépendamment de l'œuvre visée – dès lors qu'ils sont originaux (il est d'ailleurs à noter que c'est ici le seul endroit où la condition discriminante – ou censée l'être – d'originalité est mentionnée). Le 2nd alinéa met en place une protection alternative, sur le terrain de la concurrence déloyale, pour les titres qui ne sont plus protégés, c'est-à-dire qui sont tombés dans le domaine public. La jurisprudence a étendu le régime aux titres qui ne peuvent pas accéder au statut d'œuvres, l'économie de mots empêchant souvent la caractérisation de la condition d'originalité. Pour bénéficier de cette seconde branche – tirée du droit commun –, il faudra rapporter la preuve du risque de confusion entre les deux titres. Cela étant, la jurisprudence intellectualiste sur les titres se montre contestable, du fait de la prise en compte de critères en principe indifférents, comme le mérite¹⁵ ou la nouveauté¹⁶ (par la recherche d'antériorités) ; elle est même parfois contradictoire : *Du rififi* a une fois été reçu au rang d'œuvre, une autre fois rejeté¹⁷. De manière plus paradoxale encore, le titre *Angélique* a, dans une première affaire, été exclu de la qualification d'œuvre car le simple choix du prénom ne pouvait être original alors que, dans une deuxième affaire, la protection a été refusée du fait qu'il correspondait à un personnage distinctif et original¹⁸...

Par ailleurs, si la jurisprudence refuse la protection du nom patronymique en tant qu'œuvre¹⁹, on pourrait peut-être envisager la protection d'un pseudonyme original²⁰.

¹² *JurisData* n° 023045. V. aussi CA Paris, 23 mai 1991, *RIDA* janv. 1992, p. 313 : au sujet de cartes postales « qui méritent la protection au titre d'œuvres graphiques ».

¹³ CA Versailles, 11 avril 1996, *Gaz. Pal.* 1996, 1, somm. 24 (« mercredi, jour de frites, jours de fête »).

¹⁴ C. Colombet, « L'évolution de la jurisprudence sur la protection des titres d'œuvres de l'esprit par la loi du 11 mars 1957 », *Mélanges Chavannes*, Liège, 1990, p. 213 ; L. Marino, *JCI PLA*, fasc. 1158.

¹⁵ Par ex. T. com Seine, 26 juin 1951 : à propos du titre *Les hauts de Hurlevent*, traduction non littérale du titre du roman *Wuthering Heights*, d'Emily Brontë, le juge constate qu'il s'agit d'une trouvaille rendant de manière approchante, musicale et inquiétante, l'atmosphère angoissante du titre originaire.

¹⁶ CA Paris, 21 mai 1987 : retenant que si le terme Montmartre est utilisé par d'autres établissements du quartier concerné, il n'est pas prouvé que l'expression « Montmartre en délire » ait été antérieurement adoptée comme titre de revue, ce qui lui confère son originalité.

¹⁷ CA Paris, 24 janv. 1970, *RTD com.* 1971, p. 94, obs. H. Desbois ; CA Paris, 3 févr. 1988, *RIDA* oct. 1988, p. 303 ; *D.* 1989, somm. p. 43, obs. Colombet.

¹⁸ CA Paris, 30 juin 2000, inédit ; CA Versailles, 11 janv. 2001, *CCE* 2001, comm. n° 97, note C. Caron.

¹⁹ CA Versailles, 25 févr. 2010, *PI* juill. 2010, p. 645, obs. J.-M. Bruguière.

²⁰ P. Sirinelli, *RIDA* oct. 2010, p. 355-357.

S'agissant de la décision *Infopaq*, elle a pour l'instant peu d'impact en droit français, au moins s'agissant de la conception retenue de l'originalité. Cependant, la doctrine s'interroge sur sa portée exacte²¹. *Quid* des extraits utilisés ? Ne sont-ils protégés que s'ils sont originaux ? Mais doivent-ils l'être eux-mêmes ou simplement « participer » à l'originalité de l'œuvre entière ? Ces questions seront sans doute à préciser en jurisprudence.

1.3 Comment votre législation définit-elle une œuvre artistique ? Liste fermée et définie des œuvres ? Définitions ouvertes pour une plus grande souplesse ?

A nouveau, la loi française ne distingue pas les œuvres artistiques des autres œuvres dans la mesure où elles ne bénéficient pas d'un régime dérogatoire. Il n'existe donc pas plus de définition de l'œuvre de l'esprit artistique. On trouve bien, dans d'autres législations, l'utilisation de la notion d'œuvre d'art²², mais les définitions retenues ne s'imposent pas en droit d'auteur.

Quelques exemples de créations artistiques susceptibles d'être qualifiées d'œuvres de l'esprit sont donnés à l'article L. 112-2 du CPI, et notamment les dessins, les peintures, les sculptures, mais aussi les réalisations architecturales, les plans, les photographies, etc. La disposition cite également les « œuvres des arts appliqués » (10°). Ajouté à cela que la destination est un critère indifférent à l'accès à la protection et l'on comprend que l'art est parfois très éloigné des beaux-arts puisque la création utilitaire – dite aussi « petite monnaie » du droit d'auteur – pourra être protégée par le droit d'auteur, même si les formes exclusivement fonctionnelles en seront rejetées. L'emblème de cette protection large et généreuse est, bien évidemment, notre fameux panier à salades²³...

1.4 La jurisprudence s'est-elle prononcée sur l'accès à la protection par le droit d'auteur des différents types ou formes d'expression artistique contemporains, dont notamment : surveillance art, installations, collage ; art performance ; art conceptuel.

La jurisprudence française a pu protéger des créations artistiques modernes. Il suffira, là encore, de rapporter la preuve des deux conditions positives exigées, à savoir la création de forme et l'originalité. Mais la difficulté, s'agissant des formes d'expression relevant de l'art contemporain, tient justement à la caractérisation de ces deux critères.

Sur la création de forme, qui impose de distinguer les idées, non appropriables, des formes, seules à pouvoir accéder au droit d'auteur, il est parfois compliqué de tracer une frontière précise entre les deux dans la mesure où un certain courant artistique prône l'élévation de l'idée au rang d'œuvre (d'art) et privilégie l'acte mental de création. Certes, les deux affaires

²¹ V. not. V.-L. Benabou, obs. sur CJCE, 16 juill. 2009, *PI* oct. 2009, p. 378.

²² Par ex., art. 1131, I, du Code général des impôts : « Sous réserve des dispositions de l'article 1020, l'acquéreur, le donataire, l'héritier ou le légataire d'une œuvre d'art, de livres, d'objets de collections ou de documents de haute valeur artistique ou historique, est exonéré des droits de mutation et des taxes annexes afférents à la transmission de ces biens, lorsqu'il en fait don à l'Etat dans le délai prévu pour l'enregistrement de l'acte constatant la mutation ou de la déclaration de la succession ».

²³ Crim., 30 oct. 1963, *D.* 1964, juris. p. 678, note Françon.

Christo permettent, de manière particulièrement pédagogique, de comprendre l'opposition : si le Pont-Neuf emballé constitue une œuvre de l'esprit²⁴, la technique du *wrapping* ne peut être réservée par l'artiste²⁵. La solution a d'ailleurs été répétée : nul ne saurait obtenir la réservation d'une « démarche picturale », d'un « genre »²⁶. Pour autant, les choses ne se présentent pas toujours aussi simplement. Comment appréhender un objet extrait de la vie quotidienne et investi d'une charge artistique par la seule volonté de l'artiste ? De même, comment caractériser l'originalité lorsque la démarche artistique consiste justement à s'effacer pour offrir à l'œuvre une existence autonome ?

Les questions sont nombreuses et la doctrine française n'est pas unanime. Cependant, ces controverses n'emportent pas de grandes conséquences en jurisprudence. En effet, les juges semblent porter un regard bienveillant sur ces nouvelles formes de l'art. Certes, toutes les œuvres modernes n'accèdent pas à la protection. Mais le fait que le droit d'auteur constitue le réceptacle originaire de l'art et du beau n'est sans doute pas étranger à une certaine faveur. Ainsi, la Cour de cassation a pu décider que l'inscription du mot « Paradis » au-dessus de la porte des toilettes de l'ancien dortoir des alcooliques de l'hôpital psychiatrique de Ville-Evrard constituait une œuvre de l'esprit²⁷. Très récemment, la CA de Paris a jugé qu'une table basse bleue monochrome (de la fameuse couleur-matière) de l'artiste Yves Klein « n'est pas un concept, une idée ou un principe mais une œuvre, définie dans ses contours et sa structure qui met en scène une représentation de la couleur considérée »²⁸. Des performances ont aussi été protégées par le droit d'auteur : par exemple celle de Sorbelli, photographié en travesti devant *La Joconde*²⁹. De mêmes, des installations – qui allient art contemporain et spectacle vivant – ont pu accéder à la protection du droit d'auteur ; notamment, dans un jugement du 10 décembre 2010, l'artiste Marina Abramovic a été reconnue auteur de ses œuvres performatives et même coauteur, par application de l'article L. 113-7 (listant les coauteurs présumés d'une œuvre audiovisuelle), de l'œuvre audiovisuelle adaptant au cinéma ses performances³⁰.

1.5 Existe-t-il des décisions judiciaires / opinions de doctrine sur d'autres formes d'expression, protégées ou non (p. ex. les parfums) ?

Comme on l'a vu, à partir du moment où il existe une forme sensible et que cette forme est originale, la création peut accéder au statut d'œuvre. Et on ne peut tirer argument ni du fait

²⁴ CA Paris, 13 mai 1986, *Gaz. Pal.* 1986, I, 238, chron. Bertin ; *D.* 1987, somm. 150, obs. Colombet.

²⁵ TGI Paris, 26 mai 1987, *D.* 1988, somm. 201, obs. Colombet.

²⁶ TGI Paris, 7 mai 2010, *RIDA* oct. 2010, p. 383 s., obs. P. Sirinelli (contacts peints de William Klein).

²⁷ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *RIDA* janv. 2009, p. 195, obs. P. Sirinelli ; *CCE* janv. 2009, comm. n° 1, note C. Caron ; D. Galan, « L'accueil de l'œuvre "Paradis" dans le cénacle du droit d'auteur ou l'enfer de "la nouvelle Ève" », *RLDI* n° 45, janv. 2009, n° 1473 ; *JCP* 2008, II, 10204, note G. Loiseau (« Protection par le droit d'auteur d'une œuvre conceptuelle ») ; E. Treppoz, « "La nouvelle Ève" au "Paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *D.* 2009, p. 266. – Adde N. Walravens-Mardaescu, « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *RIDA* avr. 2009, p. 5 et P. Gaudrat, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur... Observations sur Civ. 1^{re} 13 nov. 2008 », *ibid.*, p. 81.

²⁸ CA Paris, 7 janv. 2011. – Déjà sur une autre table de l'artiste, dite « Table Yves Klein », TGI Paris, 9 nov. 2010.

²⁹ CA Paris, 3 déc. 2004, *Sorbelli*, *D.* 2005, p. 1237, note E. Treppoz.

³⁰ TGI Paris, 3 déc. 2010.

que les œuvres citées à l'article L. 112-2 du CPI sont perceptibles par la vue et par l'ouïe, ni du caractère éphémère, fugace de la fragrance, la fixation sur un support n'étant pas une condition d'accès au droit d'auteur. Les fragrances de parfums font cependant l'objet de décisions relativement critiquables. En effet, que l'on soit favorable à leur protection par le droit d'auteur ou que l'on y soit opposé, il est à noter que la jurisprudence de la Cour de cassation est très tranchée. Les juges assèment inlassablement un attendu de principe qui fait dire à certains que les décisions ressemblent aux anciens arrêts de règlement, interdits en France : « attendu que la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas, au sens des articles L. 112-1 et L. 112-2, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur »³¹. Les décisions ne convainquent pas du fait de la rapidité de leur motivation et, surtout, de la généralité de la solution imposée : toutes les fragrances sont-elles réductibles à un simple savoir-faire ? Toutes les œuvres ne font-elles pas appel à un certain savoir-faire ? Il semble cependant que certains juges du fond résistent à la répétition³², accordant le statut d'œuvres à des fragrances³³ ou le refusant mais sans manquer d'argumenter³⁴. La difficulté est réelle ; elle tient surtout à la détermination de la forme, siège de l'originalité et, parfois, à la caractérisation de l'originalité elle-même. Mais cette difficulté ne doit pas être réglée par une exclusion péremptoire, qui porte aussi atteinte au principe d'indifférence du genre (art. L. 112-1 CPI)³⁵.

La question s'est également posée pour les recettes de cuisine, mais avec beaucoup moins d'insistance. Elles sont appréhendées par les juges comme des méthodes et ne peuvent, en conséquence, être protégées par le droit d'auteur³⁶. On peut certes noter un arrêt rendu par la Cour de Paris, qui a pu estimer qu'un grand chef qui interprète ses recettes dans un documentaire consacré à la cuisine devait être regardé comme coauteur de l'œuvre audiovisuelle ; mais rien n'est dit sur la qualification de la prestation du cuisinier³⁷. En fait, le contentieux est ici très pauvre car la qualification d'œuvre pour les recettes de cuisine n'est tout simplement pas revendiquée par les personnes concernées.

³¹ Civ. 1^{re}, 13 juin 2006, *RIDA* oct. 2006, p. 203, obs. P. Sirinelli ; *CCE* sept. 2006, comm. n° 119, note C. Caron ; *JCP* 2006, II, 10138, note F. Pollaud-Dulian ; *PI* oct. 2006, p. 442, obs. A. Lucas ; *D.* 2006, p. 2470, note B. Edelman. – Com., 1^{er} juill. 2008, *RIDA* juill. 2008, p. 199, obs. P. Sirinelli ; *CCE* sept. 2008, comm. n° 100, note C. Caron ; *PI* oct. 2008, p. 419, obs. J.-M. Bruguière ; *D.* 2009, p. 1182, note B. Edelman. – Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, *RIDA* janv. 2009, p. 199, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2009, p. 302, obs. F. Pollaud-Dulian.

³² M. Vivant, « Parfum : l'heureuse résistance des juges du fond », *D.* 2007, p. 954.

³³ Par ex. CA Paris, 14 févr. 2007, *RIDA* avr. 2007, p. 169, obs. P. Sirinelli.

³⁴ V. not. CA Aix-en-Provence, 10 déc. 2010 : « Attendu que si la création d'un parfum nécessite à l'évidence un savoir-faire, elle ne se limite pas à une opération purement technique, qu'elle exige en effet, une recherche dans la succession et les interactions des odeurs, une conjugaison des éléments volatiles et persistants et une combinaison des diverses essences dans des proportions permettant de dégager une forme olfactive caractéristique qui traduit la personnalité, la sensibilité et l'imagination de son auteur et constitue, à condition d'être originale, une création artistique susceptible de bénéficier de la protection du droit d'auteur, peu importe que cette création fasse ensuite l'objet d'une reproduction industrielle » (refus de protection du fait de l'absence d'originalité).

³⁵ Sur ces points, v. aussi P. Sirinelli, *RIDA* oct. 2010, p. 359 s.

³⁶ CA Paris, 17 mars 1999, *RTD com.* 2000, p. 91, obs. Françon ; *RIDA* oct. 1999, p. 202 et p. 121, obs. Kéréver ; *CCE* 1999, comm. n° 24, note C. Caron.

³⁷ CA Paris, 17 mars 1999, *RIDA* oct. 1999, p. 202.

1.6 Existe-t-il une jurisprudence relative à la protection des événements sportifs (partie de football, marathon, concours de patinage...)? Quel est le fondement de cette protection (œuvre dramatique ou chorégraphique, autre) ?

La création implique une conscience de la démarche créative. Dans ces conditions, une partie de football ou un marathon ne semblent pas pouvoir être qualifiés d'œuvres de l'esprit. En outre, la simple organisation d'une manifestation sportive (comme le tour de France à la voile) n'a pas été protégée, la condition de concrétisation de l'idée (exigence d'une forme) faisant défaut³⁸. Notons cependant qu'il existe un « droit d'exploitation des manifestations ou compétitions sportives »³⁹, notamment au profit des fédérations sportives. Mais cette législation est étrangère au droit d'auteur.

En revanche, une chorégraphie (de patinage artistique ou de danse...) pourrait tout à fait recevoir la qualification d'œuvre à condition d'être originale. D'ailleurs, l'article L. 112-2 du CPI cite également « 4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ». La précision de la fixation a été analysée par la jurisprudence comme une condition de forme, nécessaire à titre de preuve, et non comme une condition de fond, qui s'ajouterait aux autres critères d'accès à la protection uniquement pour ce type d'œuvres.

2. Création – Critère d'originalité

2.1 Comment votre législation définit-elle le niveau d'originalité requis ?

Le critère d'originalité, alors même qu'il constitue la condition de naissance du droit d'auteur, n'est pas mentionné, de manière générale, par la loi. Le seul renvoi à la notion, dans le sens précis ici donné (c'est-à-dire comme condition discriminante d'accès à la protection du droit d'auteur⁴⁰), se trouve à l'article L. 112-4, au sujet des titres, catégorie où justement la caractérisation de l'originalité est très compliquée (v. question 1.2). C'est aussi que la notion est davantage d'origine jurisprudentielle et doctrinale que législative⁴¹.

Classiquement, l'originalité reçoit une définition subjective : c'est l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Les formules ont pu varier un peu en jurisprudence, mais le flou restait borné par la subjectivité, logique dans une conception personnaliste du droit d'auteur. Cependant, l'harmonie est rompue depuis que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt *Pachot*, appliquant le droit d'auteur au logiciel sur le fondement de la loi du 11 mars 1957, a proposé une seconde définition de l'originalité, plus objective, comme

³⁸ CA Paris, 23 mars 1977, *RIPIA* 1978, 6.

³⁹ Art. L. 333-1 du Code du sport.

⁴⁰ On trouve également le terme « original », au sens d'originaire dans le CPI, par ex. aux articles L. 112-3, L. 122-5, 2° ou encore L. 122-8 (droit de suite).

⁴¹ A. Lucas et P. Sirinelli, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP G* 1993, I, 3681.

la « marque d'un apport intellectuel »⁴². La frontière entre le droit d'auteur et la propriété industrielle (qui exige le critère objectif de nouveauté) en sort brouillée et la logique humaniste du droit français fragilisée.

Par ailleurs, l'originalité est susceptible de degrés. En effet, non seulement certaines œuvres sont relativement originales (les œuvres dites dérivées ou composites, art. L. 113-2, alinéa 2, et L. 113-4), mais encore d'autres, relevant des arts appliqués, alors même qu'elles sont absolument originales, ont une faible originalité. Sur ce dernier point, il faut convenir que reconnaître l'« empreinte de la personnalité » de l'auteur dans une boîte à œufs ou une cabine de douche relève bien souvent de l'artifice. Pour autant, les créations utilitaires ont été listées dès 1957 parmi les œuvres protégeables par le droit d'auteur (auj. art. L. 112-2, 10°). C'est aussi que la théorie de l'unité de l'art et l'indifférence de la destination de l'œuvre imposent une telle solution.

Il ressort de ces différents éléments une notion d'originalité qu'on dit « à géométrie variable ».

2.2 S'ensuit-il de la législation ou de la jurisprudence qu'un critère d'originalité différent est imposé en fonction du genre de l'œuvre ?

Officiellement, le critère reste celui de l'originalité et on ne peut même pas noter une utilisation plus fréquente de l'une ou l'autre des définitions en fonction du genre. Cependant, son contenu sera plus ou moins impérieux (et évident) en fonction de l'œuvre concernée. Des auteurs de doctrine ont une phrase très éloquente pour décrire cette variation : ils écrivent que « l'originalité (...) ne se pèse pas. Il suffit qu'elle existe »⁴³.

2.3 Pour les compilations/collections, le critère est-il le même que celui prévu pour les autres œuvres ? [Dans les pays de *common law*, il existe d'importantes différences de niveau, p. ex. IceTV (Australie) CCH (Canada) – Comment le critère de l'effort (« sueur du front ») a-t-il été abordé par la jurisprudence récente ?]

Le critère est identique. A nouveau, il s'agira ici d'une question d'appréciation. L'originalité se révélera alors dans la composition ou l'expression ou encore dans le choix ou la disposition des matières (v. art. L. 112-3⁴⁴ CPI). La Cour de cassation a, sur cette question précisément, rappelé dans un important arrêt qu'un travail de compilations d'informations peut accéder à la protection par le droit d'auteur mais que cette protection n'est pas acquise au genre ; les juges

⁴² Ass. plén., 7 mars 1986, *JCP G* 1986, II, 20631, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; *JCP E* 1986, I, 15791, obs. M. Vivant et A. Lucas ; *D.* 1986, p. 405, concl. Chabannes et note B. Edelman ; *RIDA* n° 129, juill. 1986, p. 134, note A. Lucas ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. Françon.

⁴³ A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n° 83.

⁴⁴ Al. 1 : « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles ».

du fond doivent donc préciser en quoi la forme retenue est originale et un effort de recherche dans la réalisation d'un organigramme ne saurait suffire⁴⁵.

2.4 La protection par le droit d'auteur des collections telles que les grilles de programmes et les annuaires pages jaunes/pages blanches est-elle reconnue par votre législation/jurisprudence ? Si oui, que protège-t-on (les rubriques, le contenu, les deux) ? Si non, pourquoi la protection est-elle refusée (p. ex. théorie des applications dérivées [spin-off], considérations fondées sur le droit de la concurrence) ?

Ces créations sont susceptibles d'être protégées conformément au droit commun, c'est-à-dire si elles remplissent les deux conditions d'accès à la protection (création de forme et originalité). Les données contenues dans ces compilations ou bases de données peuvent constituer des œuvres ou au contraire être de libre parcours, ce qui n'empêchera pas la protection de la structure. Précisément, le répertoire SIRENE (base de données d'entreprises, avec identité, activité, caractéristiques économiques, etc.), créé et exploité par l'INSEE, a pu être qualifié d'œuvre⁴⁶.

La protection peut néanmoins, en jurisprudence, être nuancée pour ces œuvres à la marge. Il ne s'agit pas de leur dénier l'accès à la protection. Mais le régime est parfois amoindri dans la mesure où le juge français applique, à l'instar de la CJUE⁴⁷, la théorie des facilités essentielles⁴⁸. Ainsi, l'abus de position dominante sera caractérisé lorsque le refus du titulaire des droits empêche l'apparition d'un nouveau produit sur un marché dérivé alors que ce nouveau produit intéresse potentiellement le consommateur. Dans ce cas, le titulaire sera obligé de contracter avec son concurrent afin de l'autoriser à utiliser son œuvre.

⁴⁵ Civ. 1^{re}, 2 mai 1989, *Coproসা*, not. *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, dir. M. Vivant, Dalloz, 2004, comm. n° 9, A. Maffre-Baugé.

⁴⁶ CE, 10 juill. 1996, *RIDA* oct. 1996, p. 207, note Kéréver.

⁴⁷ CJCE, 6 avr. 1995, *Magill*, *Rec. I-743*, concl. C. Gulmann ; *JCP* 1995, I, 3883, note M. Vivant ; *RTD com.* 1995, p. 606, obs. Françon ; *RTD eur.* 1995, p. 834, obs. G. Bonnet ; *RIDA* juill. 1995, p. 167, note A. Kéréver ; T. Desurmont et H. Calvet, « L'arrêt Magill : une décision d'espèce ? », *RIDA* janv. 1996, p. 3. – CJCE, 29 avr. 2004, *IMS Health*, *Rec. I-5039*, concl. A. Tizzano ; *D.* 2004, p. 2336, note F. Sardain ; *RTD com.* 2004, p. 491, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RTD eur.* 2004, p. 691, obs. G. Bonnet ; *PI* juill. 2004, p. 821, obs. V.-L. Benabou ; *CCE* juin 2004, comm. n° 69, note C. Caron. – TPICE, Grande ch., 17 sept. 2007, *Microsoft*, *Rec. II-3601* ; *D.* 2007, p. 2303, E. Chevrier ; *RTD com.* 2007, p. 715, F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 2008, 1314, n°6 à 13, obs. G. Decocq et A. Laquière ; *PI* janv. 2008, p. 122, obs. V.-L. Benabou.

⁴⁸ V. par ex. Com., 12 juill. 2005, *SARL Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP)*, *D.* 2005, p. 2144, note E. Chevrier ; *RTD com.* 2005, p. 773, obs. J. Mestre ; *JCP* 2005, II, 10121, note M. Poumarède. – *Adde*, pour un rappel des conditions de fond posées au niveau européen et interne, le rapport de la Cour de cassation de 2005, *Innovation technologique et concurrence*, p. 80 s.

Les exceptions au droit d'auteur

Question n°3 Handicap

Gilles Vercken & Louis-Marie Armanet

Cabinet Gilles vercken

Résumé

Par la loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006, le législateur français a créé un système d'exception au droit d'auteur, aux droits voisins et aux droits des producteurs des bases de données pour favoriser l'accès des handicapés à la culture.

Le texte régissant « l'exception handicap » est rédigé comme suit :

« Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

7° La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'Etat, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction. Cette reproduction et cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative.

Les personnes morales et établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent.

Réponses françaises au questionnaire pour les journées d'études de Dublin juin 2011

A la demande des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7°, formulée dans les deux ans suivant le dépôt légal des œuvres imprimées, les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces œuvres sont déposés au Centre national du livre ou auprès d'un organisme désigné par décret qui les met à leur disposition dans un standard ouvert au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Le Centre national du livre ou l'organisme désigné par décret garantit la confidentialité de ces fichiers et la sécurisation de leur accès ; »

I) Législation Nationale

A) Règles juridiques

2.1 Votre législation nationale prévoit-elle des exceptions ou limitations en faveur des déficients visuels ? En faveur de catégories plus larges de personnes handicapées ? Sous quelle condition : existe-t-il un droit à rémunération/compensation ?

Votre législation nationale prévoit-elle des exceptions ou limitations en faveur des déficients visuels ?

Le code de la propriété intellectuelle prévoit une exception aux prérogatives patrimoniales des auteurs, des titulaires de droits voisins, et des producteurs de bases de données en faveur des handicapés sans distinguer entre déficients visuels et autres handicaps. Ces dispositions s'appliquent en pratique aux déficients visuels.

Les conditions de l'exception sont fixées à l'article L122-5, 7° du CPI.

« Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'Etat, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, ou reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction. »

Le CPI limite également les prérogatives patrimoniales des titulaires de droit voisins (artistes interprètes, producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes) en vertu de l'article L. 211-3, 6° du même code :

« Les bénéficiaires des droits ouverts au présent titre ne peuvent interdire : [...] La reproduction et la communication au public d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme dans les conditions définies aux deux premiers alinéas du 7° de l'article L. 122-5 »

Il limite enfin les prérogatives des producteurs de bases de données en vertu de l'article L. 342-3, 3° du code :

« Lorsqu'une base de données est mise à la disposition du public par le titulaire des droits, celui-ci ne peut interdire : [...] L'extraction et la réutilisation d'une base de données dans les conditions définies aux deux premiers alinéas du 7° de l'article L. 122-5 ».

Les personnes atteintes de déficience visuelle peuvent bénéficier du régime applicable aux personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques et ce à plusieurs titres :

Soit elles présentent *« un niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'Etat, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles ».*

Soit elles *« sont reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction ».*

Nous pouvons dire qu'en vertu de ce texte, les personnes atteintes de déficiences visuelles peuvent facilement bénéficier de l'accès aux œuvres dès lors qu'elles sont *« reconnues par certificat médical comme empêchées de lire après correction ».* Ces conditions sont alternatives et donc favorable aux personnes atteintes d'un handicap visuel. Certains ont mis en avant une incohérence à conférer la même valeur à deux conditions aussi différentes.⁴⁹

En faveur de catégories plus larges de personnes handicapées ?

Les personnes atteintes de déficience visuelles ne sont pas les seules concernées par l'exception : le texte de l'article L122-5 susmentionné a vocation à s'appliquer à toute les *« personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques ».*

⁴⁹ Cette solution a été critiquée par la doctrine comme une *« indigence législative »*, Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n°623

Ces autres catégories de personnes handicapées peuvent bénéficier des exceptions au droit d'auteur, aux droits voisins et au droit des producteurs de bases de données si elles présentent : « *un niveau d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par décret en Conseil d'Etat, et reconnues par la commission départementale de l'éducation spécialisée, la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ou la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles* »

En application de l'article R. 122-13 du CPI⁵⁰ il s'agit :

- Des personnes dont le taux d'incapacité, apprécié en application du guide-barème pour l'évaluation des déficiences et incapacités des personnes handicapées figurant à l'annexe 2-4 du code de l'action sociale et des familles est égal ou supérieur à 80% ;

- Des personnes titulaires d'une pension d'invalidité au titre du 3° de l'article L. 341-4 du Code de la Sécurité sociale.⁵¹

Les autres catégories de personnes handicapées doivent donc satisfaire deux conditions cumulatives pour bénéficier *in fine* de l'exception aux droits d'auteur, aux prérogatives des titulaires de droits voisins et des producteurs de bases de données : atteindre un fort niveau d'incapacité (80%) et voir son handicap reconnu par une commission spécialisée.

Le système est donc nettement plus contraignant pour les personnes souffrant d'un autre handicap que visuel, et a été parfois qualifié « *d'usine à gaz* »⁵² par la doctrine.

Cette distinction repose sur une analyse pratique : les personnes souffrant de déficiences visuelles sont celle pour lesquelles l'accessibilité à l'œuvre même est en conflit avec les prérogatives des ayants droits, car il faut réellement modifier le mode d'accès intellectuel à l'œuvre (alors que par exemple dans le cas d'un handicap moteur il s'agira d'une impossibilité d'accès physique aux lieux ; dans le cas d'une surdité le sous titrage n'emporte pas de modification à l'œuvre audiovisuelle).

Toutefois, il est possible d'affirmer aujourd'hui que compte tenu des conditions posées par les textes, et notamment le taux de handicap de 80 %, seuls les déficients visuels bénéficient concrètement de l'exception.

⁵⁰ Décret n° 2008-1391 du 19 décembre 2008

⁵¹ Soit : les invalides capables d'exercer une activité rémunérée ; les invalides absolument incapables d'exercer une profession quelconque ; les invalides qui, étant absolument incapables d'exercer une profession, sont, en outre, dans l'obligation d'avoir recours à l'assistance d'une tierce personne pour effectuer les actes ordinaires de la vie.

⁵² *Op. cit.* Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n°623, Michel Vivant, *Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1er août 2006*, Recueil Dalloz 2006 p. 2159

Il est possible également de critiquer le renvoi à l'annexe 24 pour définir le taux de handicap. En effet, le texte en question vise les handicaps et difficultés possibles dans l'ensemble des champs de la vie sociale (agressivité sociale, hygiène, etc.), et non la problématique particulière des qualités nécessaires pour pouvoir acquérir des connaissances. Les critères ainsi dégagés ne sont donc pas adaptés au but poursuivi par le texte.

Sous quelle condition : existe-t-il un droit à rémunération/compensation ?

Le texte ne prévoit pas de compensation financière ou de droit à rémunération au profit des titulaires de droits. Il prévoit des conditions précises concernant les personnes pouvant bénéficier de l'exception, qui ne sont pas les déficients eux-mêmes.

Selon l'article L122-5, 7° : [...] « Cette reproduction et cette représentation sont assurées, à des fins non lucratives et dans la mesure requise par le handicap, par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative. »

La loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006 n'a pas prévu de droit à rémunération ou à compensation pour cette exception comme il en existe pour d'autres exceptions.⁵³ Cela s'explique par le fait que l'on a considéré que l'exception est conforme au test des trois étapes dans la mesure où elle ne cause pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'ayant droit. En effet, on considère qu'une œuvre rendue accessible à une personne handicapée ne correspond pas à une « perte » pour l'auteur ou l'ayant droit, puisque sans cette mise à sa disposition, la personne handicapée n'aurait jamais eu accès à l'œuvre.

Cependant, s'il n'y a pas de condition pécuniaire, nous pouvons dégager du texte trois autres conditions : Les utilisations doivent être directement liées au handicap, limitées à ce qui est requis par ce dernier, et être de nature non commerciale⁵⁴.

B) Champ d'application

- 2.2** Quels genres d'œuvres font, ou feraient, l'objet des limitations ou exceptions ?
Uniquement les œuvres littéraires ? Les œuvres et prestations fixées sur des enregistrements sonores ? Les déficients visuels ou autres bénéficiaires des exceptions ou limitations obtiendront-ils les exemplaires des œuvres concernées directement ou uniquement par l'intermédiaire de bibliothèques ou d'autres institutions ?

Quels genres d'œuvres font, ou feraient, l'objet des limitations ou exceptions ?

⁵³ Voir l'exception pédagogique, instaurée en France par la même loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006, Code de la Propriété Intellectuelle, Dalloz, 2011, art. 122-5, 3°

⁵⁴ André Lucas, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique* Fasc. 1248, n°74

Le texte ne distingue pas le type d'œuvre couvert par l'exception, et elle a donc vocation à s'appliquer à toute œuvre, toute interprétation, et à toute base de donnée.

Cependant, le champ d'application de l'exception est limité *de facto* par le texte de l'article L122-5, 7° qui donne une liste exhaustive des établissements personnes morales autorisées à reproduire et représenter des œuvres conçues pour les personnes handicapées :

« La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia [...] Cette reproduction et cette représentation sont assurées [...] par les personnes morales et les établissements mentionnés au présent alinéa, dont la liste est arrêtée par l'autorité administrative [...] Les personnes morales et établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7° doivent apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent. »

Il doit s'agir de personnes morales spécialisées dans la mise à disposition du public des œuvres ou spécialisé dans la transcription ou l'adaptation des œuvres pour le public atteint de handicap dans la mesure où ils auront été habilités conjointement par le ministre chargé de la culture et le ministre chargé des personnes handicapées.

Uniquement les œuvres littéraires ?

Les œuvres littéraires sont les premières concernées par l'exception, il s'agit notamment d'une œuvre littéraire traduite en « braille »⁵⁵. Elles sont visées indirectement dans le texte qui ouvre l'exception aux bibliothèques, archives et centres de documentations au même titre que les autres personnes morales agréées. L'alinéa 3 de l'article L122-5, 7° prévoit qu'

« A la demande des personnes morales et des établissements mentionnés au premier alinéa du présent 7°, formulée dans les deux ans suivant le dépôt légal des œuvres imprimées, les fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces œuvres sont déposés au Centre national du livre ou auprès d'un organisme désigné par décret qui les met à leur disposition dans un standard ouvert [...] »⁵⁶

⁵⁵ Christophe Caron, *Droit d'auteur et Droits Voisins*, Litec, 2009, n°387

⁵⁶ La Bibliothèque Nationale de France a été désignée comme l'organisme par le décret n° 2009-131 du 6 février 2009

Les œuvres et prestations fixées sur des enregistrements sonores ?

Les œuvres et prestations fixées sur des enregistrements sonores ne sont pas non plus visées directement par le texte mais relève du champ d'application de l'exception.

Ainsi, par un arrêté du 15 décembre 2009 rendu par le Ministre de la Culture et de la Communication, l'Association des Donneurs de Voix est inscrite sur la liste mentionnée au 7° de l'Article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle.⁵⁷

L'Association des Donneurs de Voix (ADV), regroupe des Bibliothèques Sonores qui mettent gratuitement à la disposition des personnes aveugles et malvoyantes, des livres et des revues enregistrées sur un support audio.⁵⁸

Les déficients visuels ou autres bénéficiaires des exceptions ou limitations obtiendront-ils les exemplaires des œuvres concernées directement ou uniquement par l'intermédiaire de bibliothèques ou d'autres institutions ?

Les déficients visuels et les autres bénéficiaires des exceptions se voient appliquer le même régime : ils ne sont pas les bénéficiaires directs mais les bénéficiaires finaux du système d'exception⁵⁹.

L'alinéa 3 de l'article L122-5, 7° du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que :

« Les personnes morales et [les bibliothèques, les archives, les centres de documentation et les espaces culturels multimédia] sont autorisés à demander, dans un délai de deux ans suivant le dépôt légal des œuvres imprimées, la mise à disposition des fichiers numériques ayant servi à l'édition de ces œuvres, dans un standard ouvert, via le Centre national du livre ou un organisme désigné par décret »

Ce texte permet d'empêcher que certains éditeurs rallongent volontairement la mise à disposition des œuvres numériques⁶⁰, lesquelles sont le support indispensable pour tout traitement postérieur qui les rendrait accessibles aux déficients visuels (lecture par ordinateur, traduction en braille.)

Ce texte va dans le sens le principe d'égalité des chances dans la mesure où il permet l'accès plus prompt aux nouveautés culturelles pour les personnes déficientes visuelles.

Ce texte visait aussi à faire en sorte que les demandes ne soient pas trop nombreuses en prévoyant un délai court après le dépôt légal. Il y a eu un effet pratique inverse : les

⁵⁷ **Arrêté du 2 décembre 2009 fixant la liste des personnes morales et des établissements ouverts au public mentionnés au 7° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle**

⁵⁸ <http://www.advbs.fr/>

⁵⁹ *Op. cit.* Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Droit d'auteur*, Dalloz, 2009, n°623

⁶⁰ Allouche, Abdelwahed, « Bibliothèques et handicap à l'heure du numérique », *Bulletin des Bibliothèques de France*, 2009, n° 5, p. 40-40

personnes morales craignant d'être hors délai ont fait de très nombreuses demandes par sécurité dans les deux années, sans qu'il soit certain qu'elles aient réellement le besoin des fichiers pour les adapter ensuite.

2.3 Les exceptions et limitations sont-elles limitées à la reproduction de l'œuvre ?
Si la mise à disposition ou l'adaptation est possible, sous quelles conditions est-elle autorisée ?

Les exceptions et limitations sont-elles limitées à la reproduction de l'œuvre ?

La réponse à cette question est négative : le texte prévoit une exception au droit exclusif de reproduction ainsi qu'au droit de représentation des auteurs et des titulaires de droits voisin mais aussi une exception au droit exclusif d'extraction et de réutilisation du producteur de la base de données.

Il est à noter que les termes « droit de reproduction et de représentation » peuvent donner lieu à des interprétations en droit français : le débat n'est pas tranché de savoir si ces deux droits patrimoniaux englobent le droit d'adaptation et le droit de traduction⁶¹ ou si ces derniers sont autonomes par rapport aux droits de reproduction et de représentation.⁶²

Dans le cas d'une œuvre littéraire réécrite en braille s'agit-il d'une simple reproduction ou d'une véritable traduction ? L'UNESCO, sur l'impulsion de l'Union Mondiale des Aveugles a reconnu le « braille » comme un langage officiel⁶³. Il est possible de parler de traduction.

L'esprit du texte est certainement d'inclure le droit de traduction et le droit d'adaptation dans le périmètre du droit de reproduction et du droit de représentation.

Il s'agit d'une exception aux prérogatives patrimoniales des ayants droits très forte puisqu'elle englobe le droit de reproduire, représenter, adapter et traduire l'œuvre dans sa totalité.⁶⁴

Certains ont jugé cette exception légitime mais devant être encadrée, notamment par le triple test comme le professeur Pierre-Yves Gautier : « *Cette exception est évidemment très légitime mais ne doit cependant pas causer un préjudice excessif au titulaire des*

⁶¹ Dans ce sens voir notamment : A. et H.-J. Lucas, *Traité de Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 2006 n° 236

⁶² Dans cet autre sens voir Frédéric Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Economica, 2005, n°728 et sur la nécessité de céder séparément les droits d'adaptation et de traduction voir notamment : Agnès Maffre-Baugé, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1310, n°53

⁶³ Site de l'Union Mondial des aveugles : <http://www.worldblindunion.org/fr/homea238.html>

⁶⁴ Pierre-Yves Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF, 2010, 7^e ed. n°366

droits »⁶⁵. Christophe Caron est quant à lui critique sur le mécanisme d'exception adopté :

*« Il est certainement louable d'aider les handicapés à accéder à la culture. Mais cela est moins louable de l'inscrire dans le marbre de la loi avec un texte complexe et qui donne l'impression que les exceptions au droit d'auteur sont de plus en plus catégorielles. Il aurait été certainement préférable de parvenir à la même solution en négociant avec les titulaires des droits. »*⁶⁶

Si la mise à disposition ou l'adaptation est possible, sous quelles conditions est-elle autorisée ?

Il convient tout d'abord de rappeler que l'exception ne vaut que pour les droits patrimoniaux des auteurs et des artistes interprètes.

Rien n'est précisé dans le texte de l'article L.122-5, 7° et par conséquent, en vertu du principe de l'indépendance du droit moral sur les droits patrimoniaux⁶⁷, celui-ci constitue la première limite à l'exception : l'œuvre adaptée aux personnes handicapées devra avoir respecté le droit de divulgation, satisfaire aux exigences du droit du respect du nom et ne pas dénaturer l'œuvre.

Le droit au respect de l'œuvre pourrait poser une difficulté, puisque l'adaptation nécessaire pour permettre la consultation selon le handicap amène une modification de l'œuvre dans cette mesure. Il peut être raisonnable de considérer que cette atteinte est justifiée par le but à atteindre, et que le simple procédé d'adaptation ne devrait pas être considéré en tant que tel comme une atteinte au droit au respect. Par contre, en cas d'adaptation d'une qualité défectueuse, l'auteur pourrait faire valoir le droit au respect de l'œuvre.

Ensuite les personnes morales bénéficiaires juridique de l'exception doivent *« apporter la preuve de leur activité professionnelle effective de conception, de réalisation et de communication de supports au bénéfice des personnes physiques mentionnées au même alinéa par référence à leur objet social, à l'importance de leurs membres ou usagers, aux moyens matériels et humains dont ils disposent et aux services qu'ils rendent. »*

Il est à noter que les bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia, bien que désignées par le texte, ne sont pas exonérée de cette charge. Par ailleurs, le fait remarque le professeur Michel Vivant : que l'exception

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Op. cit.* Christophe Caron, *Droit d'auteur et Droits Voisins*, Litec, 2009, n°387

⁶⁷ *Op. cit.* A. et H.-J. Lucas, *Traité de Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 2006 n° 446

vaille pour une consultation « *strictement personnelle sous entend une condition de non commercialité* ». ⁶⁸

Les personnes morales qui peuvent adapter ou mettre à disposition des œuvres adaptées au public handicapé doivent donc remplir certaines conditions :

-Posséder le statut juridique de personne morale (telle qu'une association) ou d'établissement ouvert au public (tels que bibliothèques, archives, centres de documentation et espaces culturels multimédia)

-Avoir un but non lucratif ;

-Concevoir, réaliser et communiquer des œuvres adaptées au profit de personnes atteintes d'un handicap ;

-Garantir une consultation strictement personnelle des œuvres adaptées ;

-Etre agréé conjointement par le ministre chargé de la culture et le ministre chargé des personnes handicapées, sur proposition de la Commission responsable de l'agrément.

L'agrément quant à lui est délivré pour cinq ans renouvelables et il peut être demandé à la Commission sous deux formes :

- Reproduire des œuvres imprimées sur des supports adaptés, sans avoir à négocier les droits de reproduction auprès des ayants droit s' il s'agit d'une simple mise à disposition du public.

- Ou bien recevoir les fichiers numériques sources des éditeurs ayant servi à l'édition imprimée, en vue d'une édition adaptée à un type de handicap : il s'agit là d'adaptation.

II) Initiative non gouvernementale

A) Initiative d'organismes soutenus par le gouvernement

2.4 Votre Gouvernement s'est-il déclaré favorable aux initiatives internationales (p. ex. au traité de l'Union mondiale des aveugles) ?

Votre Gouvernement s'est-il déclaré favorable aux initiatives internationales ?

⁶⁸ *Op cit.* Michel Vivant *Recueil Dalloz* 2006 p. 2159

Le traité de l'OMPI défendu l'Union Mondiale des Aveugles (UMA) prévoit une exception permettant la diffusion d'œuvres adaptées pour les personnes handicapées quand cette entreprise serait à but non lucratif, en créant un régime d'exception au monopole d'exploitation des auteurs.

La France est favorable à cette initiative d'autant plus que son système juridique a inspiré ce traité qui reprend ce système d'exception. Sa ratification ne changera donc pas le sort des déficients visuels en France disposant déjà, par l'intermédiaire des organismes agréés, d'un meilleur accès aux œuvres.

L'UMA veut également instaurer une plateforme qui mutualisera au niveau mondial, toutes les œuvres adaptées aux personnes souffrant de déficiences visuelles.

Selon Lord Colin Low président de l'Union Européenne des Aveugles (branche de l'Union Mondiale des Aveugles) à propos de la mutualisation, au niveau international des œuvres adaptées aux déficients visuels :

« Il faut également que les États Membres de l'UE voient d'un œil plus positif le traité proposé par l'Union Mondiale des Aveugles, en cours d'adoption à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. Tout cela pourrait nous aider à mettre en place les solutions pratiques dont nous avons besoin. Actuellement, la plupart des livres sont rendus accessibles grâce au travail d'organisations à but non lucratif telles que Dedicon (Pays-Bas), la ONCE (Espagne) et le RNIB (Royaume-Uni). Ces organisations pourraient travailler avec plus d'efficacité si elles recevaient de la part des éditeurs des fichiers plus facilement exploitables et si elles étaient autorisées à partager leurs ouvrages avec leurs homologues basés dans d'autres pays. »⁶⁹

L'enjeu est la possibilité de diffuser un plus grand nombre d'œuvre, mais au prix d'une exception qui peut être préjudiciable aux intérêts des auteurs. La mise en œuvre de cette plateforme nécessite de prendre en compte le risque de « dissémination des fichiers ayant servi à réaliser les supports adaptés ». ⁷⁰

Il faut déduire de ces différents points de vue que le législateur se trouve dans une position délicate consistant à devoir trouver un juste équilibre entre l'intérêt du public handicapé et les droits des auteurs, des titulaires de droits voisins et des producteurs de bases de données. La France doit donc, comme les autres pays, évaluer et circonscrire ce risque de dissémination, en réfléchissant et négociant avec les titulaires de droit, avant de se lancer dans une politique d'échange internationale des œuvres adaptées.

⁶⁹ Union Européenne des Aveugles — Association Européenne de dyslexie, communiqué de presse conjoint, *Journée Internationale de l'Alphabétisation 2010 : le travail mené par l'UEA auprès des éditeurs pourra-t-il mettre fin à la « famine littéraire » ?* Paris le 8 septembre 2010

⁷⁰ JOAN du 28 octobre 2008, Réponse à la question écrite n° 28871

B) Initiative privée

2.5 En dehors du cadre juridique, existe-t-il des initiatives du marché ou des pratiques professionnelles dont votre groupe national a connaissance ?

En dehors du cadre juridique, existe-t-il des initiatives du marché ou des pratiques professionnelles dont votre groupe national a connaissance ?

Le législateur permis aux différents acteurs de la culture de proposer plus facilement des œuvres adaptées aux déficients visuels, ceux ci adaptent leurs pratiques professionnelles : c'est le cas des bibliothèques dont certains professionnels du secteur préconisent de créer un véritable catalogue national d'œuvre adaptées ou en cours d'adaptation aux personnes handicapées⁷¹. Prévue pour mars 2011, la plateforme « Platon » (PLAteforme de Transfert des Ouvrages Numériques) mutualise les ouvrages numériques et permettra un traitement et une adaptation plus rapide de la part des organismes agréés.

Par ailleurs, différents acteurs privés se sont emparés du marché représenté par la communauté des personnes souffrant de déficiences visuelles.

Dans l'édition : La collection « Sensitinéraires » propose une visite de monuments en relief, la collection « Un autre regard » propose des ouvrages tactiles et auditifs pour la visite de musée, les Éditions « Les Doigts qui rêvent » proposent des livres pour enfant en braille.

En matière de presse : l'entreprise Vocal Presse qui propose l'achat d'un logiciel permettant de faire lire un quotidien par l'ordinateur, le téléphone mobile ou qui le transcrit en gros caractères, « Audiovisit » fournit des visites audio de musée.

Au niveau du *hardware* : les livres et les lecteurs DAISY permettant aux déficients visuels de disposer d'Audiobook dans un format unique.

Certaines universités proposent de nombreuses formations débouchant sur des diplômes spécialisés dans les métiers de l'enseignement adapté aux déficients visuels⁷², les enseignants ainsi formés sont autant d'acteurs favorisant l'accès à la culture des handicapés.

⁷¹ Yves Alix, Camille Dégez dans « La mise en œuvre de l'exception au droit d'auteur en faveur des personnes handicapées », *Bulletin des Bibliothèques de France*, 2009, n° 5, p. 43-44

⁷² Certificat complémentaire pour les enseignements adaptés et la scolarisation des enfants en situation de handicap, Certificat d'aptitude à l'enseignement général des aveugles et déficients visuels, Certificat d'aptitude à l'enseignement musical des aveugles et déficients visuels, Certificat d'aptitude aux fonctions de professeur d'enseignement technique aux aveugles et déficients visuels.

Ces enseignants ont par ailleurs besoin d'une documentation spécialisée au même titre que leurs élèves et peuvent se heurter aux moyens limités des structures à taille modeste qui accueillent les handicapés. Pour ces raisons et dans un but d'efficience le mécanisme d'exception préconisé par l'UMA gagnerait à prendre en considération l'aspect premier de l'accès à culture qu'est l'enseignement en proposant d'élargir l'exception dont bénéficient les déficients visuels à leurs formateurs.

Question 4 : Accès à Internet en tant que droit de l'homme

par

Emmanuel Derieux, Professeur à l'Université Paris-II (Panthéon Assas)

Agnès Granchet, Maître de conférences à l'Université Paris-II

4.1 L'accès à Internet est-il défini par votre législation/constitution/jurisprudence comme étant un droit particulier [ou droit de l'homme] ?

Dans la décision n° 2009-580 DC, du 10 juin 2009, préalable à la promulgation de la « loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet » (dite « Hadopi » ou « Hadopi 1 »), le Conseil constitutionnel, saisi par des parlementaires de l'opposition, a estimé que, « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions* », la liberté d'expression, considérée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 comme « *un des droits les plus précieux de l'homme* », ce droit « *implique la liberté d'accéder à ces services* » (§ 12).

Les requérants avaient notamment fait valoir que, « en conférant à une autorité administrative, même indépendante, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à internet, le législateur aurait (...) méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et (...) institué des sanctions manifestement disproportionnées » et que « les conditions de cette répression institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense ».

Reconnaissant, au législateur, le droit de concilier la « lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer », le Conseil constitutionnel pose cependant que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés » et que « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

Considérant que, par les dispositions critiquées, il était projeté d'habiliter la « Commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet », que la compétence ainsi « reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes » et que « ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile » (§ 16), le Conseil constitutionnel en déduit que le législateur « ne pouvait confier (...) de tels pouvoirs à une autorité administrative ».

Distinguant les mesures susceptibles d'être prononcées par une autorité administrative ou par des juges, le Conseil constitutionnel a, par contre, conclu que, en permettant aux titulaires de droits « *de demander que le tribunal de grande instance ordonne, à l'issue d'une procédure contradictoire, les mesures nécessaires* », y compris de blocage des moyens de télécommunications, « *pour prévenir ou faire cesser une atteinte à leurs droits, le législateur n'a pas méconnu la liberté d'expression et de communication* ».

Le Conseil constitutionnel eut encore à se prononcer sur certaines de ces questions dans la décision n° 2009-590 DC, du 22 octobre 2009, préalable à la promulgation de la loi du 28 octobre 2009 « relative à protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » (dite « Hadopi 2 »).

Dans la saisine, les parlementaires de l'opposition faisaient valoir que « la peine de suspension de l'accès à internet pour une durée d'un an est disproportionnée et ne doit notamment pas pouvoir être prononcée dans le cadre de la procédure simplifiée » de l'ordonnance pénale. Mais le Conseil constitutionnel considère que la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet, pour sanctionner les délits de contrefaçon ainsi commis, « ne méconnaît pas le principe de nécessité des peines ». Il conclut de même à l'égard de la peine susceptible d'être prononcée à titre de sanction de la négligence caractérisée dans la surveillance de l'usage fait de l'accès à internet.

Si, dans l'avenir, elle est saisie de cette question et d'une telle condamnation prononcée par les juges nationaux, la Cour européenne des droits de l'homme la trouvera-t-elle « nécessaire dans une société démocratique » ou proportionnée au but poursuivi ?

4.2 Existe-t-il des restrictions ou limitations particulières de ce droit (Europe : il n'est pas nécessaire de mentionner la CEDH mais il convient de mentionner les décisions ou les arrêts nationaux qui évoquent la CEDH) ?

Le caractère encore relativement récent de l'adoption de ces dispositions législatives (juin et octobre 2009) et de leurs nombreux décrets d'application (tout au long de 2010) et le retard mis dans l'application des mesures dites de réponse graduée (les premières « recommandations » ont été adressées, par la Commission de protection des droits de la Hadopi, tout à fait à la fin de 2010), ne permet sans doute pas d'identifier encore de telles décisions. Cela aurait cependant pu être fait dans le cadre de procédures de référé (si cette voie a quelque fois été suivie). Cela pourra être fait par la suite. Par contre, dans le cadre de la procédure nouvelle de la question prioritaire de constitutionnalité (« QPC »), il ne sera pas possible, sur les points sur lesquels le Conseil constitutionnel a préalablement statué, de contester la conformité, à la Constitution, de dispositions litigieuses.

Question 5 : Œuvres orphelines

par Florence-Marie Piriou
Directrice juridique de Sofia

Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit

5. Œuvres orphelines

5.1. Existe-t-il des dispositions législatives autorisant l'accès/l'utilisation des œuvres orphelines ? Quels genres d'œuvres sont concernés ? Prestations d'artistes interprètes ?

5.2. Sous quelles conditions ? Existe-t-il un droit à rémunération/compensation ? Y-a-t-il des démarches judiciaires ou administratives qui doivent être accomplies préalablement à toute utilisation ?

En France, il existe un dispositif légal pour tous les genres d'œuvres ou prestations d'artistes prévu pour les cas de déshérence ou de vacance d'une succession d'un auteur ou d'un titulaire de droits voisins, qui fait intervenir l'autorité judiciaire. En matière de droit d'auteur, il s'agit de l'article L.122-9 du Code de la propriété intellectuelle qui dispose : *En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L.121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre de la culture.*

Pour les droits voisins, il s'agit de l'article L.211-2 du CPI : *Outre toute personne justifiant d'un intérêt pour agir, le ministre chargé de la culture peut saisir l'autorité judiciaire, notamment s'il n'y a pas d'ayant droit connu, ou en cas de vacance ou déshérence.*

Parmi les organismes professionnels, les sociétés de perception et de répartition de droits sont habilitées à intervenir auprès d'un juge du Tribunal de Grande Instance pour revendiquer la gestion des droits patrimoniaux d'un auteur ou d'un artiste orphelin cette capacité à ester en justice leur étant reconnue par l'article L. 331-1 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle lorsqu'il s'agit de défendre des intérêts dont ils ont statutairement la charge⁷³.

Ce principe a été modifié, pour les auteurs et les titulaires des droits voisins, lors de la codification, en 1992, de la loi du 11 mars 1957: Aux termes des articles L.122-9 et L. 211-2 du CPI, le Ministre de la culture ou les organismes professionnels habilités, à savoir les sociétés de perception et de répartition de droits peuvent faire valoir, auprès d'un juge, l'investiture de la succession tant au titre des droits moraux que patrimoniaux.

⁷³ Ainsi, le CNC, dans une procédure diligentée en 1984, déposait une requête pour demander que la SACD intervienne comme mandataire judiciaire pour l'exploitation des œuvres d'un cinéaste.

Enfin, observons que dans le cadre du régime juridique des sociétés de perception et de répartition des droits, l'article L.321-9 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que les sommes qui n'ont pu être affectées à leurs destinataires, au motif que ceux-ci n'ont pas pu être identifiés ou retrouvés, sont utilisées au terme d'un délai de cinq ans à des actions, d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes. Cette affectation se réalise, toutefois, sans préjudice des demandes en paiement des droits de ces ayants droit, lesquels peuvent revendiquer les rémunérations perçues pour leur compte durant un délai de 10 ans qui court à compter de la mise en répartition des sommes en cause (article L.321-1 du CPI).

Article L.321-9 du CPI : 2° La totalité des sommes perçues en application des articles L. 122-10, L. 132-20-1, L. 214-1, L. 217-2 et L. 311-1 et qui n'ont pu être réparties, soit en application des conventions internationales auxquelles la France est partie, soit parce que Saisie de la question du traitement des œuvres orphelines dans le cas d'une numérisation massive des œuvres, la « Commission Martin », du Conseil Supérieur de la Propriété littéraire artistique, a observé, dans son rapport du 19 mars 2008⁷⁴, que ce texte ne saurait régler le cas de l'auteur encore vivant dont on ne retrouverait pas les coordonnées, car ces dispositions concernent des auteurs défunts. En outre, cette démarche judiciaire s'applique au cas par cas et ne peut se généraliser ni répondre au souhait de la Commission européenne de trouver une solution appropriée à des numérisations impliquant des quantités de situations d'œuvres orphelines. L'avis du CSPLA a, le 10 avril 2008, proposé d'aménager cette disposition des articles L.122-9 et L.211-1 du CPI, afin d'intégrer dans leur champ les œuvres orphelines. Dans ce rapport, a été envisagé, en accord avec le secteur de l'écrit et de l'image fixe et-la Bibliothèque Nationale de France, un dispositif légal permettant d'offrir une solution juridique à des exploitations massives d'œuvres réputées orphelines après des recherches avérées et sérieuses effectuées.

En matière des droits des artistes interprètes, il existe, depuis 2006, un dispositif qui permet de régler le cas des droits d'artistes non identifiés pour le cas particulier des archives audiovisuelles publiques. L'Institut National Audiovisuel, chargé du dépôt des programmes audiovisuels issus de la production télévisuelle nationale, a développé des accords de gestion collective avec cinq sociétés d'auteurs françaises (SACEM, SACD, SCAM, SDRM et SESAM). Ils autorisent l'INA à utiliser les œuvres du répertoire audiovisuel et sonore de ces sociétés, figurant dans ses archives, pour les diffuser notamment sur son site Internet. Les quelques œuvres n'entrant pas dans le cadre de l'accord, faute pour leurs auteurs d'être adhérents de ces sociétés, obligent, toutefois, l'INA à effectuer des recherches d'ayants droit et, pour ceux qui demeurent introuvables, à les retirer de l'exploitation.

En revanche, s'agissant des artistes interprètes, un dispositif légal, aménagé par l'article 44 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986, a été complété par la loi du 3 août 2006 pour permettre l'utilisation des prestations des artistes interprètes issues d'archives sous droits. Un des arguments développé par l'INA en faveur de ce mécanisme se fondait sur le fait que la recherche des artistes interprètes ou de leurs ayants droit pouvait se révéler difficile pour la partie la plus ancienne des œuvres archivées.

⁷⁴ www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf

Le dernier alinéa II de l'article 49 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 2006 contient des dispositions dérogatoires aux articles L.212-3 et 212-4 du CPI et précise : *Toutefois, par dérogation aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle, les conditions d'exploitation des prestations des artistes-interprètes des archives mentionnées au présent article et les rémunérations auxquelles cette exploitation donne lieu sont régies par des accords conclus entre les artistes-interprètes eux-mêmes ou les organisations de salariés représentatives des artistes-interprètes et l'institut. Ces accords doivent notamment préciser le barème des rémunérations et les modalités de versement de ces rémunérations.*

Le conseil constitutionnel⁷⁵, dans sa décision du 27 juillet 2006, a validé cette clause considérant qu'elle ne portait pas atteinte au droit de propriété des artistes, alors que les requérants estimaient qu'aucun intérêt général ne justifiait une telle atteinte disproportionnée au droit de propriété des artistes-interprètes.

Le Conseil Constitutionnel a considéré que l'intérêt général de l'INA s'attachant à la conservation et à la mise en valeur du patrimoine audiovisuel national justifiait l'intervention du législateur pour prévoir un régime dérogatoire d'exploitation des prestations des artistes-interprètes. Il reconnaît ainsi que le législateur peut habiliter les syndicats représentant les artistes-interprètes à conclure avec l'Institut des accords fixant les conditions d'exploitation des archives en contrepartie d'une rémunération équitable.

5.3. Existe-t-il des propositions pour adopter ou modifier des dispositions sur les œuvres orphelines ?

Une proposition de loi concernant les œuvres orphelines des arts visuels a été adoptée, en première lecture, par le Sénat, le 28 octobre 2010 (Prop. De loi Sénat n°441, 2009-2010, relative aux œuvres visuelles orphelines et modifiant le code de la propriété intellectuelle : www.senat.fr/petite-loi-ameli). Ce texte prévoit que le Chapitre III du livre 1^{er} du code de la propriété intellectuelle soit complétée par un article L.310-10 en vertu duquel : *l'œuvre orpheline est une œuvre protégée et divulguée, dont les titulaires de droits ne peuvent être identifiés ou retrouvés, malgré des recherches avérées et sérieuses.* Toutefois, un amendement adopté par le Sénat a conditionné l'avancée législative de ce texte en précisant : *Avant le 31 décembre 2011, le Gouvernement doit transmettre au Parlement un rapport étudiant les modalités de gestion des droits attachés aux œuvres orphelines qui, suivant cette proposition de texte, seraient confiées à une société de gestion collective agréée.*

Un accord cadre relatif à la numérisation et l'exploitation des livres indisponibles du XXe siècle a été signé, le 1^{er} février 2011⁷⁶, entre le Ministre de la Culture, le Commissaire Général à l'investissement, la Bibliothèque nationale de France et la Société des Gens de Lettres (représentant les auteurs) et le Syndicat National des Éditeurs (pour les éditeurs). Cet accord-cadre traduit la volonté de permettre la numérisation à l'identique, par la bibliothèque de

⁷⁵ Décision n°2006 – 540 DC du 27 juillet 2006.

⁷⁶ www.culture.gouv.fr/mcc/Espace-Presse/Communiqués/Signature-de-l-accord-cadre-relatif-a-la-numerisation-et-l-exploitation-des-livres-indisponibles-du-XXeme-siecle

France, de livres protégés, publiés avant le 1^{er} janvier 2000, qui ne sont plus commercialisés en librairie. Les œuvres ainsi numérisées seraient exploitées dans le cadre d'une gestion collective, assurant aux auteurs et aux éditeurs, représentés à parité, une rémunération équitable. Pour y parvenir, le code de la propriété intellectuelle sera modifié par un dispositif légal permettant à l'auteur ou à l'éditeur de pouvoir notifier leur opposition à ce transfert de droits numériques de l'œuvre dans le système de gestion obligatoire. Cette gestion aura lieu dans le respect du droit moral des auteurs ou des droits patrimoniaux détenus par leurs titulaires. Bien que cet accord vise en premier lieu les œuvres dites épuisées, un tel dispositif va nécessairement concerner les œuvres dites orphelines. Elles seront comprises dans ce système dans le cas où ces œuvres ne sont plus disponibles commercialement. Ces œuvres vont entrer automatiquement dans ce nouveau régime dès lors que leurs ayants droit ne se seront pas manifestés, faute d'avoir pu être identifiés. Cet accord cadre s'inscrit dans la lignée des projets européens de recherche d'ayants droit proposés par Arrow avec la création d'une base de données publiques actualisées des œuvres indisponibles et des mécanismes de recherche des ayants droit.

Question 6 - Lois ou accords prévoyant une réponse graduée

par

Emmanuel Derieux, Professeur à l'Université Paris-II (Panthéon Assas)

Agnès Granchet, Maître de conférences à l'Université Paris-II

Question 6 Lois ou accords prévoyant une réponse graduée

6.1 Dans le contexte particulier des échanges de fichiers d'œuvres audiovisuelles ou d'enregistrements sonores P2P, votre législation nationale contient-elle des dispositions prévoyant une « solution » de réponse graduée (ou de telles dispositions sont-elles proposées) ? Quelles en sont les modalités ? Régime des « trois coups » (deux avertissements puis sanction), etc... ?

Un tel mécanisme de « réponse graduée », faisant appel à l'intervention d'une autorité administrative, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi), par l'intermédiaire de sa Commission de protection des droits (CPD), et du juge, a été institué, par les dispositions introduites, en juin et octobre 2009, dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI). Il vise non pas le fait de contrefaçon lui-même, mais la « *négligence caractérisée* » dans la surveillance de l'accès à internet ayant facilité l'infraction par la pratique du téléchargement illégal.

Aux termes de l'article L. 331-25 CPI, lorsqu'elle est saisie d'un manquement à l'obligation, qui s'impose à « *la personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne* », de « *veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation (...) d'œuvres ou d'objets protégés (...) sans l'autorisation des titulaires de droits* » (article L. 336-3 CPI), « *la Commission de protection des droits peut envoyer à l'abonné (...) une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L. 336-3, lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent et l'avertissant des sanctions encourues* ».

Aux termes de l'article L. 335-7-1 CPI, la Commission de protection des droits adresse, par ailleurs, à l'intéressé, « *une recommandation l'invitant à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet* ».

L'article L. 331-25 CPI dispose que, « *en cas de renouvellement dans un délai de six mois à compter de l'envoi* » de la première recommandation, « *la Commission peut adresser une nouvelle recommandation* ».

Après l'envoi de cette seconde « recommandation », suivant le constat de la continuation de la pratique du téléchargement illégal, le juge peut être saisi de cette infraction particulière de manquement à l'obligation de surveillance de l'accès à internet et prononcer « *la peine complémentaire, définie à l'article L. 335-7* », de suspension de cet accès.

6.2 Ces dispositions ou propositions comprennent-elles un volet pédagogique – sensibilisation à la protection de la propriété intellectuelle – ainsi que des mesures visant : 1) à sécuriser davantage l'accès à Internet pour éviter des activités illicites ; 2) à favoriser l'offre de services légaux ?

Le Code de la propriété intellectuelle assortit la riposte graduée, non seulement d'un volet pédagogique, mais aussi de mesures incitant à la sécurisation de l'accès à Internet et au développement de l'offre légale.

Aux termes de l'article L. 331-25 CPI, la « *recommandation* », adressée, par la Commission de protection des droits, au titulaire de l'accès à internet, « *contient également une information de l'abonné sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation* » de surveiller l'utilisation faite de son accès, « *ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins* ».

L'article L. 331-25 CPI impose, par ailleurs, aux « *personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* », de faire figurer, « *dans les contrats conclus avec leurs abonnés, la mention claire et lisible des dispositions de l'article L. 336-3 et des mesures qui peuvent être prises par la commission de protection des droits* », ainsi que « *les sanctions pénales et civiles encourues en cas de violation des droits d'auteur et des droits voisins* » ou de négligence caractérisée dans la surveillance de leur accès à Internet. Ce même article prévoit en outre que les fournisseurs d'accès « *informent leurs nouveaux abonnés et les personnes reconduisant leur contrat d'abonnement sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins* ».

De façon plus générale, et c'est un aspect qui n'a pas été l'objet de la même attention ou qui n'a pas reçu le même écho, l'article L. 331-13-1° CPI confie, à la Haute autorité, « *une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et objets* » protégés sur les réseaux « *utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne* ». A ce titre, l'article L. 331-23 CPI prévoit notamment qu'elle « *publie chaque année des indicateurs* » de l'utilisation licite et illicite des œuvres et objets protégés ; qu'elle « *rend compte* », dans son rapport annuel, « *du développement de l'offre légale* » ; qu'elle attribue « *aux offres proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres* » ; qu'elle

« veille à la mise en place, à la mise en valeur et à l'actualisation d'un portail de référencement » des offres légales ; et qu'elle « identifie et étudie les modalités techniques permettant l'usage illicite des œuvres et des objets protégés » sur les réseaux.

La « mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits », notamment par l'intermédiaire de sa Commission de protection des droits, ne constitue que l'aspect le plus connu des interventions de la Haute autorité.

La révision, par la loi du 12 juin 2009, du mécanisme, inscrit dans le Code du cinéma et de l'image animée, relatif aux délais de diffusion des films cinématographiques à compter de leur sortie en salles, et qualifié de « chronologie des médias », avait également pour objet de contribuer au développement de l'offre légale, au détriment des pratiques de téléchargement illégal.

6.3 Existe-t-il une autorité judiciaire ou administrative qui contrôle la procédure ou qui autorise la suspension de l'accès à Internet ou la résiliation de l'abonnement ?

Suite aux décisions du Conseil constitutionnel, et après la promulgation de la loi du 28 octobre 2009 (« Hadopi 2 »), seule l'autorité judiciaire peut prononcer « la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an », en cas de contrefaçon (article L. 335-7), ou « d'un mois », en cas de « négligence caractérisée » du fait d'un titulaire d'accès auquel la Commission de protection des droits aura préalablement adressé « une recommandation l'invitant à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet » (article L. 335-7).

Dans le souci d'accélérer la phase judiciaire de la procédure, ce pouvoir a été confié à un juge unique (art. 398-1-10° CPP), statuant par la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale (art. 495-6-1 CPP), sans possibilité, pour la victime, de demander des dommages intérêts ou de faire opposition à l'ordonnance rendue.

Aux termes de l'article L. 335-7, al. 5, CPI, la peine complémentaire éventuellement prononcée est, « lorsque la décision est exécutoire », « portée à la connaissance de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, qui la notifie à la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne afin qu'elle mette en œuvre, dans un délai de quinze jours au plus à compter de la notification, la suspension à l'égard de l'abonné concerné ».

Tenus, sous peine d'une amende maximale 5 000 €, de mettre en œuvre la peine de suspension qui leur a été notifiée, les fournisseurs d'accès doivent également, selon l'article L. 331-28, al. 2, CPI, « informer la commission de protection des droits de la date à laquelle elle a débuté la suspension ».

6.4 Est-il possible d'évaluer l'efficacité de l'application de ces mesures, aussi bien en termes de lutte contre la piraterie qu'au niveau du développement des services légaux ?

Bien que cela corresponde évidemment aux intentions des pouvoirs publics, il est sans doute trop tôt pour pouvoir formuler un quelconque bilan. Il faudrait, par ailleurs, que l'arsenal juridique mis en place n'entraîne pas, de la part des internautes, le recours à des modalités ou pratiques distinctes d'accès aux œuvres et autres objets protégés, non susceptibles de tomber sous le coup des dispositions spécifiques nouvelles, dont la pertinence et l'utilité se trouveraient ainsi remises en cause, sinon des moyens plus généraux, toujours applicables, de lutte contre la contrefaçon.

A la question « *constate-t-on un effet dissuasif de cette riposte graduée ?* », la présidente de la Commission de protection des droits répond, en janvier 2011, que « *même si la Commission se félicite de l'accueil fait aux premiers envois, les forums qui pullulent sur les sites spécialisés indiquent qu'une majorité d'internautes sont prêts à défier la Haute autorité, ne serait-ce que pour démontrer son inadaptation à la situation réelle : des milliards de fichiers téléchargés dans le monde entier, chaque année, par le biais de technologie, rendent les contrevenants impossibles à repérer* » (13 janvier 2011).

« *En novembre, juste un mois après l'envoi des premiers mails de la Hadopi, encore 52 %* » (des destinataires des premières 'recommandations', des personnes interrogées, des internautes... ?) « *assuraient ne pas vouloir changer de comportement (...) Globalement, un tiers* » (des mêmes personnes ?) « *semble prêt à évoluer vers une offre légale. Des résultats jugés encourageants par l'Hadopi. Les premiers avertissements ont déjà poussé des millions de pirates hors des réseaux de Peer to Peer, ce fameux système de partage de fichiers, gratuitement, entre internautes. Sans pour autant se diriger tous vers l'offre légale. 'Beaucoup se sont repliés vers des formules tout aussi illégales qui échappent au contrôle de l'Hadopi, comme le téléchargement de vidéo ou les films en streaming' assure Paul da Silva, président du Parti pirate* » (Gabizon, C., « La moitié des internautes français pirate sur le net », *Le Figaro*, 24 janvier 2011).

« *D'après (le) sondage conduit pour l'Hadopi avant la mise en place de la 'riposte graduée', il y a, en France, presque autant d'internautes téléchargeant illégalement via Megaupload ou Rapidshare (37 % des sondés qui affirment télécharger illégalement) que d'utilisateurs de P2P (42 % du même échantillon)* » (« L'Hadopi face aux mutations du téléchargement illégal », *Le Monde.fr*, 24 janvier 2011).

Dans l'étude détaillée publiée par la Hadopi elle-même, il est noté que « *si la moitié des internautes déclarant des usages illicites n'envisage pas de changer leurs comportements, un tiers d'entre eux ont une attitude globalement positive et pensent changer leurs habitudes de*

consommation en ligne. Ils se déclarent ainsi prêts à consommer des oeuvres culturelles sur des sites respectueux du droit d'auteur et pensent qu'il en est de même pour l'ensemble des internautes français. L'action à venir de l'Hadopi sera donc déterminante » (p. 26). Un peu plus loin dans l'étude, il est fait état d' « *incompréhension, manque de distinction entre l'offre légale et l'offre illégale, confusion entre ce qui est légal et ce qui est payant* » (p. 39) ou encore de ce que « *la principale raison évoquée par les internautes déclarant un usage illicite concerne le coût de l'offre légale* » (p. 70) ; « *le prix comme frein majoritaire à l'offre légale est un élément consensuel qui concerne toutes les populations* » (p. 72) (Hadopi, *Hadopi, biens culturels et usages d'internet : pratiques et perceptions des internautes français*, 23 janvier 2011, 82 p., www.hadopi.fr/download/hadopiTO.pdf).

6.5 Existe-t-il de la jurisprudence sur l'application éventuelle des techniques de blocage ou de filtrage par un FAI (à sa propre initiative), par opposition à des situations où une autorité judiciaire ou administrative ordonne au FAI de suspendre l'accès de l'abonné (c'est-à-dire par voie d'injonction) ?

L'article 6.I de la loi du 21 juin 2004, dite « pour la confiance dans l'économie numérique », pose un principe d'irresponsabilité civile et pénale, des fournisseurs d'hébergement, davantage que des fournisseurs d'accès (mais ces dispositions sont généralement considérées comme s'appliquant à ces deux catégories de prestataires techniques, même lorsqu'ils n'assurent pas ces deux fonctions à la fois), s'ils « *n'avaient pas effectivement connaissance* » du « *caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère* », s'agissant des activités menées ou du contenu des messages ainsi rendus accessibles, « *ou si, dès le moment où (ils) ont eu cette connaissance, (ils) ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». Pour échapper à leur responsabilité, ces prestataires techniques devraient donc, en dehors de toute intervention d'une quelconque autorité, judiciaire ou administrative (à laquelle un tel pouvoir a été refusé !), prendre de telles mesures « de blocage ou de filtrage », au risque d'entrer en conflit avec leur client ou d'exercer une sorte de censure privée portant atteinte à la liberté de communication.

Aux termes de l'article L. 331-27 CPI, les fournisseurs d'accès « *informent leurs nouveaux abonnés et les personnes reconduisant leur contrat d'abonnement (...) sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation* » de surveiller l'usage fait de l'accès à internet.

6.6 Existe-t-il des accords privés entre titulaires de droits et fournisseurs d'accès à Internet qui fonctionnent de la même façon que les mesures de réponse graduée (« trois coups ») mises en place par le législateur ?

La question est-elle de savoir si un tel pouvoir « de blocage ou de filtrage » de l'accès à internet, défini et imposé par la loi, a été prévu dans quelques contrats d'abonnement à des services de communication au public en ligne ou entre les titulaires de droits, par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective notamment, et les éditeurs et/ou prestataires techniques (fournisseurs d'accès et/ou fournisseurs d'hébergement) ?

En novembre 2010, YouTube a signé un accord avec la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), la Société civile des auteurs multimédia (Scam) et la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP). Elle devrait leur reverser près de 10 % de son chiffre d'affaires. La SACD et la Scam ont passé le même type d'accord avec Dailymotion, il y a plus de deux ans (Rauline, N., « YouTube normalise ses relations avec les auteurs », *Les Echos*, 27 novembre 2010). Mais il s'agit d'accords de cession et de gestion collective des droits, mais pas d'« accords privés » de contrôle et de sanction dans le cadre d'un système de « réponse graduée ». Les sociétés de gestion collective participent au système de « réponse graduée », instituée par la loi et assurée par la Hadopi, puisque, aux termes de l'article L. 331-24 CPI, c'est notamment sur « *saisine d'agents assermentés* » de ces sociétés que sont signalées, à la Commission de protection des droits, les pratiques constatées de téléchargement supposé illégal.

Parallèlement au système de « réponse graduée » précédemment décrit, le 17 janvier 2011, les sites musicaux et les sociétés de gestion collective des droits ont, avec l'appui des pouvoirs publics et pour favoriser l'offre légale, signé une « Charte de 13 engagements pour la musique en ligne », résultat de la mission de médiation menée par M. Emmanuel Hoog.

Pour quelques compléments, voir notamment Derieux, E. et Granchet, A., *Lutte contre le téléchargement illégal*, Lamy, 2010, 266 p.

Question 7

Accords privés et contenus générés par l'utilisateur

Pierre Sirinelli,
Professeur à l'Université Paris-I (Panthéon Sorbonne)
Directeur du centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel (Cerd)
des universités Paris-I et Paris-Sud-XI

Question 7- 1

Existe-t-il entre titulaires de droits et sites qui hébergent des contenus générés par l'utilisateur des accords relatifs au filtrage des contenus mis sur les sites ? Existe-t-il des chartes interprofessionnelles des « meilleures pratiques » en matière de filtrage ? Les pouvoirs publics de votre pays ont-ils pris des initiatives pour encourager l'adoption de tels accords ?

a - Tentative française de rédaction d'une charte de bonnes conduites

En 2008, trois ministres français ont pris l'initiative de lancer un travail de rédaction d'une « *Charte de bonne conduite* ». Le ministre de la culture, le ministre de l'industrie et le secrétaire d'État à l'économie numérique ont ainsi confié au professeur Pierre Sirinelli une mission de rédaction, en concertation avec les professionnels du secteur, d'une charte susceptible d'être signée tant par les ayants droits que par les prestataires techniques proposant des sites contributifs ou communautaires (exemples : YouTube ou DailyMotion...).

Cette cinquantaine de professionnels ont travaillé pendant un an à la rédaction d'un texte incitant à une collaboration et comportant des obligations à la charge tant de prestataires techniques que des ayants droits. Ces obligations étaient détachées de toute qualification de l'activité de ces sites contributifs. C'est dire que les engagements consentis s'imposaient aux uns et aux autres que le site du Web2.0 soit qualifié d'hébergeur, de fournisseur de contenus ou d'éditeur (ou de toute autre appellation juridique).

Les principes généraux de cet accord s'inspiraient de ceux de la charte UGC Principles (User Generated Content Principles) signée aux Etats-Unis par les ayants droit et les plateformes communautaires. Le champ aurait pu en être plus large puisqu'étaient concernés aussi bien le secteur de la musique que celui de l'audiovisuel.

L'idée de la charte était d'engager un dialogue entre professionnels, sous l'autorité de l'Etat, afin :

Réponses françaises au questionnaire pour les journées d'études de Dublin juin 2011

- d'éviter que certains contenus contrefaisants puissent réapparaître sur les sites après une première notification (« *take down, stay down* »); A cette fin, la plateforme s'engageait à réaliser une empreinte numérique de ces contenus.
- d'éviter même, en remontant dans l'amont, la première mise en ligne de ces contenus contrefaisants (empreintes réalisées par les ayants droits et mis à la disposition des plates-formes). De la sorte, les contenus jugés par les ayants droit comme étant contrefaisants et proposés par certains internautes ne pourraient jamais être vus par le public.
- d'inciter, les plateformes communautaires à s'engager, en collaboration avec les ayants droit, à ce que puissent être "neutralisés", les liens dirigeant vers les sites majoritairement consacrés à (ou utilisés pour) la communication de contenus non autorisés.

b - Economie envisageable de la charte

Des dispositifs techniques, reposant sur un système d'empreintes fiables (voir *infra*), permet le repérage et l'identification des contenus proposés par les internautes sur ces sites contributifs. La construction permet alors d'interdire ou d'autoriser cette mise en ligne et, dans ce dernier cas, de « monétiser » éventuellement l'offre de consultation proposée aux internautes. Ces mesures techniques (comprenant donc des systèmes de réalisation et d'identification des empreintes, des logiciels et des bases de données comportant des indications sur le sort à réserver aux œuvres identifiées...) permettent en effet un traitement fin (au-delà d'un traitement binaire rudimentaire : interdit ou autorisé) qui offrirait la possibilité d'autoriser certains usages en interdisant d'autres, ou celle de permettre la mise à disposition du public pour certains territoires plutôt que d'autres ou encore celle de gérer dans le temps cette offre au public.

En contrepartie de cette efficacité dans la lutte contre la contrefaçon sur les réseaux - et alors même que les prestataires techniques pourraient être qualifiés de simples hébergeurs, bénéficiant du régime d'irresponsabilité conditionnée prévu par la directive communautaire du 8 juin 2000 - , il avait été demandé aux ayants droits de se montrer, en certain cas, plus conciliants :

- soit, en tolérant certains usages (parodie, citation...) sans se livrer à une étude trop restrictive des conditions permettant le bénéfice des exceptions aux droits de propriété intellectuelle;
- soit en envisageant de renoncer à certaines actions en justice.

Ces aspects-là n'avaient pas encore été validés par tous les participants lorsque la mission ministérielle a été interrompue.

En effet, l'accord final n'a pu se faire tant en raison de résistances de certains secteurs (notamment celui de la production phonographique) que des péripéties liées au vote complexe de certains textes législatifs (loi Hadopi). Faute de consensus sur le terrain législatif, à propos du traitement juridique des échanges pair à pair (P2P) illicites, les partenaires, par méfiance ou par "mesure de rétorsion", ont refusé de finaliser et signer la Charte qui réglait pourtant une autre difficulté (Web2.0). La Charte n'existe donc que sous forme de projet quasi définitif.

c - Destin des idées présentes dans la charte

Il convient cependant de noter que, au cours ou à l'issue de cette mission, certains ayants droits ont accepté de passer des accords individuels avec ses prestataires techniques, notamment pour la perception de certaines sommes. Mais ces accords sont, en théorie, confidentiels en sorte qu'il est délicat d'évoquer les engagements qu'ils contiennent.

On observera enfin que, dans le champ de la propriété industrielle, une autre Charte a pu être signée, le 16 décembre 2009, au ministère de l'économie et des finances, par les ayants droits et certains prestataires techniques proposant des plates-formes de vente électroniques. Ce texte, visant à tarir les sources de contrefaçon, a été élaboré dans le cadre d'une mission présidée par le député Bernard Brochand et le professeur Pierre Sirinelli, et a été solennellement signé en présence de la ministre des finances et du ministre de l'industrie⁷⁷. Sa philosophie repose également sur une concertation entre les différents protagonistes permettant une action préventive plutôt que de simples activités de retrait d'offres contrefaisantes. Ce document ne tranche pas non plus la question de la qualification de l'activité du prestataire (plateforme) mais propose un engagement volontaire de ces derniers d'accepter certaines obligations allant au-delà de celles qui pèsent habituellement sur un simple hébergeur.

Question 7- 2

Comment le filtrage doit-il être réalisé ?

a - Faisabilité technique

Le rapport de la commission spécialisée du conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), présidée par le professeur Sirinelli, résumait ainsi, dès le mois de juin 2008, les possibilités offertes par des techniques permettant de réaliser des empreintes des œuvres :

« En France, l'Institut National de l'Audiovisuel (INA), dans le but de mieux assurer la protection de son important fonds d'archives de contenus audio et vidéo, a, depuis longtemps,

⁷⁷ Le texte est disponible sur le site www.economie.gouv.fr.

entrepris des recherches afin de mettre sur pied un système performant de détection d'empreintes digitales vidéo. Le résultat de ces travaux est la solution de Fingerprinting vidéo « Signature » que l'INA utilise pour lui-même mais met également à la disposition d'opérateurs par le biais de licences. Le système est fondé sur des empreintes (petits codes informatiques, calculés à partir des images numérisées d'une séquence vidéo) représentatives du contenu. Les fichiers de signatures sont reproduits dans les sites de partage de telle sorte qu'il est possible de détecter, à l'entrée et par comparaison, en quelques secondes, les fichiers qui seraient indésirables. Le système est neutre et ne permet de filtrer les contenus qu'à partir d'indications fournies par les ayants droit (banque de signatures, références). De même, Audible Magic (On pourrait citer également BayTSP et Gracenote), qui se présente comme un tiers de confiance pour les ayants droit, offre des solutions allant de la reconnaissance des contenus à la mise en disposition d'une gamme variée de réponses. Audible Magic dispose aujourd'hui d'une base de données de 7, 5 millions d'empreintes, fonds encore modeste qui ira en s'accroissant si les ayants droit participent à l'élaboration des empreintes des œuvres. Ces technologies de filtrage, utilisées notamment par Dailymotion ou MySpace, n'ont pas vocation à bloquer systématiquement les contenus dont les empreintes ont été reconnues car certains ayants droit peuvent souhaiter que leurs contenus apparaissent ; il appartient donc aux ayants droit de spécifier l'utilisation qui doit être faite de leurs contenus

Les sites communautaires développent eux-mêmes leur propre solution. Ainsi YouTube a, mis en place, postérieurement (...), un système de reconnaissance vidéo développé par Google depuis 2006 qui permet, à partir d'empreintes numériques, d'identifier les vidéos composées partiellement ou totalement de contenus protégés quand bien même certains contenus auraient été substantiellement modifiés (par exemple un émission filmée à partir d'une caméra intégrée à un téléphone). L'ayant-droit définissant, lors de la mise en place de l'empreinte, l'action que le système accomplira après reconnaissance de l'œuvre au moment de la mise en ligne ».

Il convient d'observer que ces techniques sont différentes de celles de marquage ou de verrouillage des œuvres qui offrent une protection contre certains actes, non désirés par les ayants droits, que souhaiteraient accomplir les internautes. En effet, ces mesures techniques de protection perdent toute efficacité une fois le premier acte de contournement accompli lorsqu'un fichier, dénué de ces mesures, est mis à la disposition des internautes. La technique de "finger printing" permet, au contraire, d'assurer l'identification de l'œuvre quel que soit le fichier qui circule ou est mis à disposition du public.

b - Mise en œuvre

Le recours à un système d'empreintes étant possible et produisant les effets espérés, comment les choses peuvent-elles être organisées? Plusieurs pistes de réflexion ont été proposées. Quelques axes, bien que la charte n'ait pas abouti, sont susceptibles d'être dégagés.

Les solutions de protection mises à disposition par les sites UGC et/ou les prestataires de technologie, ne devraient pas donner lieu au paiement d'une licence ou de frais de stockage par l'ayant droit.

Les différents fournisseurs de solutions d'identification et les sites UGC devraient rendre leurs solutions interopérables :

- mise en place d'un format unique d'empreinte : 1 empreinte générée par un système est compatible avec les autres ou un « lecteur universel » d'empreintes ;
- En cas d'impossibilité technique : (i) mise en place d'un standard sur les métadonnées, (ii) mise en place d'un format vidéo unique pour générer les empreintes quel que soit la technologie et (iii) engagement des sites UGC d'implanter à leurs frais toutes les solutions techniques qui seraient utilisées par les détenteurs de droits

Question 7- 3

Y a-t-il eu des litiges relatifs à ces accords ou « meilleures pratiques »?

Dans la mesure où le projet de charte est, pour le moment, bloqué, il n'est pas possible d'évoquer des litiges relatifs à cet accord non signé.

Il est cependant indiscutable que l'examen de la charte et de la faisabilité du recours au système d'empreintes a influencé les tribunaux (voir question suivante, 7-4). En effet, l'échange de vues dans le cadre de la "mission Sirinelli" a démontré que pouvaient émerger ce que l'on pourrait appeler des « bonnes pratiques ». Il n'est donc pas impossible que les juges aient pu considérer que les efforts qui étaient susceptibles d'être réalisés, afin d'améliorer la lutte contre la contrefaçon, dans le cadre d'une attitude proactive plutôt que simplement réactive, permettaient de faire émerger un standard de comportement répondant à l'attitude que l'on est en droit d'attendre d'un « bon père de famille » (notion de cadre, de référence, utilisée en droit français de la responsabilité civile).

Question 7- 4

En dehors de l'existence éventuelle d'accords de ce genre, des mesures correctives telles que le « take down, stay down » (obligation de retirer le contenu et d'en empêcher une nouvelle mise en ligne) ont-elles été imposées par les tribunaux eux-mêmes ?

a - Description de la pratique

La pratique du « *Take Down, Stay Down* » consiste pour le prestataire à créer une empreinte numérique à partir d'un fichier contrefaisant audio ou vidéo qui, après signalement, a été retiré de son service. Cette empreinte est ensuite intégrée dans une base de données utilisée pour empêcher une nouvelle mise en ligne du contenu protégé, que ce soit par le même utilisateur ou par tout autre utilisateur.

b - Réception de la pratique par les juridictions françaises

Les tribunaux français sont favorables à cette solution qui, loin de méconnaître les textes en vigueur, s'inscrit dans une démarche de meilleure protection des œuvres qui rencontre l'agrément des parlementaires (voir, *infra*, c).

Nombre de décisions de justice témoignent d'un accueil favorable de cette pratique.

Le principe de l'obligation de recours à ces dispositifs techniques d'identification des œuvres a été admis, dès 2008, par le tribunal de commerce de Paris (**TC Paris 20 février 2008, Flach Film / Google France, Google Inc**).

Depuis lors, la solution semble solidement établie. Ainsi, le Tribunal de Grande Instance de Paris a pu estimer, le 9 octobre 2009, dans une affaire opposant Google à la société aufeminin.com (**TGI Paris (3^e ch, 2^{ème} sect), 9 octobre 2009, AUFEMININ.COM – Google c/ Mme K et M. R**) :

« que l'argumentation selon laquelle chaque remise en ligne constitue un fait nouveau nécessitant une nouvelle notification doit être écartée dans la mesure où, si les mises en ligne successives sont imputables à des internautes différents, leur contenu, et les droits de propriété intellectuelle y afférents, sont identiques ;

Attendu que faite pour elle d'avoir accompli les diligences nécessaires en vue de rendre impossible la remise en ligne de la photographie de Monsieur P B déjà signalée comme illicite, la société AUFEMININ.COM ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 6-1-2 de la loi du 21 juin 2004. »

Dans une décision rendue 15 jours plus tôt, la même chambre du même tribunal (mais pas la même section : **TGI Paris 3^e ch, 1^{ère} sect, 22 septembre 2009, YouTube c/ Omar et Fred**) avait précisé les conditions d'existence de cette obligation de "stay down" :

« Il apparaît en l'espèce, que le seul moyen qu'aurait pu mettre en œuvre la société YOUTUBE était la mise en place d'empreintes digitales ce qui supposait d'une part la remise du DVD original du spectacle dont la protection était

revendiquée par les demandeurs et d'autre part l'autorisation des ayants-droit de réaliser cette empreinte.

En conséquence, il ne peut être reproché à la société YOUTUBE de ne pas avoir mis tout en œuvre pour éviter une nouvelle diffusion » .⁷⁸

Puis la Cour de Paris, le 26 mars 2010 avait pu estimer que cette obligation pouvait être limitée dans le temps (**CA Paris, 1-4, 26 mars 2010, Magdane c/YouTube**) :

« Qu'en outre l'article 7 de la LCEN du 21 juin 2004 permet à l'autorité judiciaire de proscrire toute activité de surveillance ciblée et temporaire ;

Qu'alors que la société Youtube, qui a pu prendre les "empreintes" de ces oeuvres à l'occasion de la première instance, est en mesure techniquement d'en prévenir la remise en ligne, il convient de confirmer l'interdiction prononcée par le premier juge, sauf à la limiter pour une durée de deux ans tenant compte du caractère provisoire et conservatoire de cette mesure ordonnée en référé ».⁷⁹

La même Cour de Paris, dans des décisions rendues le 14 janvier 2011 (Voir, par exemple, **Cour d'appel Paris, Pôle 5, chambre 2, 14 Janvier 2011, N° 09/1172, GOOGLE INC v/ SA BAC FILMS, SARL THE FACTORY, SA CANAL +, S.A.R.L. GOOGLE FRANCE**) paraît avoir durci le régime de ce devoir et posé une obligation plus générale :

« Considérant que, dès lors qu'il ressort de la réponse faite par la société GOOGLE France le 15 janvier 2007, qu'elles ont été en mesure de procéder dès sa réception, le 8 janvier 2007, au retrait du contenu signalé à la suite de la notification du 4 janvier 2007, les sociétés GOOGLE sont présumées avoir eu connaissance à cette date du caractère illicite des vidéos reproduisant le film documentaire «Les dissimulateurs» mises en ligne sur le site Google Vidéo France par des utilisateurs ;

*Qu'il appartenait, par conséquent, aux sociétés GOOGLE Inc. et GOOGLE France non seulement de retirer la vidéo signalée des liens qu'elles avaient identifiés, ce qui n'impliquait pas nécessairement la suppression des adresses url, mais également de **mettre en ouvre tous les moyens techniques, dont elles ne contestent pas disposer, en vue de rendre l'accès à ce contenu impossible, et ce, sans pouvoir exiger des ayants droit une intervention active par la remise d'une empreinte de l'oeuvre,** notamment ;*

⁷⁸ Souligné par nous

⁷⁹ Souligné par nous

Qu'en outre, le moyen tiré de l'article 6.I.7 de la loi du 21 juin 2004, selon lequel le prestataire n'est pas soumis 'à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites', est inopérant dès lors qu'il ne leur est pas demandé d'exercer un contrôle préalable des vidéos librement mises en ligne par les utilisateurs du site Google Vidéo France mais qu'il leur est fait grief, en l'espèce, d'avoir omis de rendre l'accès impossible au documentaire litigieux après avoir eu connaissance du caractère attentatoire aux droits de la société BAC FILMS, de M. ESKENAZI, gérant de la société THE FACTORY, et des auteurs Denis ROBERT et Pascal LORENT, des vidéos le reproduisant dont elle assure le stockage ; que, par conséquent, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer dans l'attente de l'arrêt qui doit être rendu par la Cour de justice de l'Union européenne saisie d'une question préjudicielle dans l'affaire Sabam/NetLog ;

Que, par ailleurs, dès lors que le contenu de la vidéo et les droits de propriété intellectuelle y afférents sont identiques, est dénué de pertinence l'argument selon lequel chaque remise en ligne, fût-elle imputable à des utilisateurs différents, constitue un fait nouveau nécessitant une notification distincte ».⁸⁰

C'est exactement la même motivation qui a été retenue par la même cour, le 4 février 2011 (**Cour d'appel Paris, Pôle 5, chambre 2, 4 Février 2011**), à propos de photographies litigieuses, pour fonder le maintien de la solution énoncée dans l'affaire Aufeminin.com (*supra*) :

« Dès lors que le prestataire de service hébergement reçoit notification de l'oeuvre à laquelle il est porté atteinte et des droits de propriété intellectuelle qui la protègent, il lui incombe de prendre les mesures nécessaires pour en assurer le retrait et pour empêcher qu'elle soit à nouveau mise en ligne ; Qu'est dès lors inopérant le moyen selon lequel chaque remise en ligne, imputable au même utilisateur ou à des utilisateurs différents, commanderait une notification nouvelle sans laquelle la responsabilité du prestataire ne pourrait être engagée ».

⁸⁰ Souligné par nous

c - Appréciation de la pratique

On observera tout d'abord que l'exigence des tribunaux n'est pas négligeable puisque les décisions rendues en 2011 concernant, en réalité, des faits accomplis au milieu des années 2000, c'est-à-dire à une époque où, pourtant, ces dispositifs techniques d'identification étaient peu répandus.

Certains prestataires techniques ont cependant été très soucieux d'y avoir recours rapidement et intensément. Ainsi, il y a lieu de remarquer, que la société DailyMotion, dispose aujourd'hui d'une base d'empreintes (réalisées spontanément après des notifications) plus importante que celle de l'institut national de l'audiovisuel (Ina) pourtant créateur du procédé « Signature » utilisé par DailyMotion.

Cette construction n'est pas jugée contraire aux solutions imposées tant par la directive du 8 juin 2000⁸¹ que la LCEN⁸². Ainsi, le député rapporteur du projet de loi LCEN devant l'Assemblée Nationale l'a approuvée dans son rapport d'application la loi, présenté devant la Haute Assemblée, au printemps 2008. Ainsi, pour M. Dionis du Séjour⁸³, « *dans ce cas, le tribunal n'instaure par d'obligation générale de surveillance. C'est une obligation particulière de surveillance qui est imposée et ce uniquement sur les contenus dont la diffusion a été notifiée comme illicite au fournisseur d'hébergement. L'activité de surveillance est donc ciblée* ».

En outre, cette démarche a été approuvée par le gouvernement français. Ainsi le recours aux dispositifs d'identification des œuvres a été présenté, à l'Élysée (siège de la présidence de la

⁸¹ Article 14

(...) « 3. *Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les Etats membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible* ».

Adde les considérants 47 & 48

(47) *L'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale.*

(48) *La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites* ».

⁸² Loi pour la confiance dans l'économie numérique, loi de transposition de la directive du 8 juin 2000 : Article 6-I, 7° :

« *Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.*

Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire ».

⁸³ J. Dionis du Séjour et C. Erhel, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, p. 31 - 32

République), par M. Éric Besson, alors secrétaire d'État à l'économie numérique (rapport - France 2012)⁸⁴, comme une mesure à encourager dans le cadre du développement de l'économie numérique.

⁸⁴ <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000664/index.shtml>