Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques

Dans un rapport publié le 15 novembre dernier, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) s'est penché sur les conséquences des notions de données et de contenus numériques, issues notamment de la loi du 7 novembre 2016 pour une République numérique sur la propriété littéraire et artistique. Il s'est attaché à déterminer dans quelle mesure le cadre juridique actuel offre la possibilité aux titulaires de droits d'être associés à l'exploitation de la valeur informationnelle dérivée des objets protégés. Nous publions ici les propositions retenues par les auteurs du rapport.

SYNTHÈSE ET PROPOSITIONSLe caractère expansif tant des définitions des objets protégés par la propriété littéraire et artistique que des termes de « données » et de « contenus numériques » engendre un croisement de ces notions, source de perturbation des règles applicables. Les différents instruments de la propriété littéraire et artistique couvrent un ensemble hétéroclite d'œuvres, de prestations, de séquences de sons, d'images dont la reprise, individuelle ou massive, constitue un enjeu grandissant à l'heure du « Big data » Par conséquent, la rencontre des mécanismes de réservation de la propriété littéraire et artistique avec les nouvelles régulations d'actifs « immatériels » alimentant les flux d'échanges numérique, loin d'être accidentelle, devient systémique.

S'agissant de la notion de contenu numérique, qui trouve son origine dans l'architecture technique d'Internet et dont la définition est vague, elle est porteuse d'une indifférenciation souvent conforme à sa finalité comme en témoigne le principe de neutralité du net (net neutrality), qui commande d'interdire la discrimination des contenus transitant dans la couche haute, indépendamment du fait qu'ils soient ou non protégés par des droits de propriété intellectuelle.

Il n'existe pas de principe de traitement spécial des contenus protégés par les droits de propriété intellectuelle au sein des textes régulant les contenus numériques en général.

Bien que cette spécificité soit régulièrement prise en considération à travers des régimes de dérogation, elle ne l'est ni de manière systématique, ni a priori, et se traduit souvent comme une exception dont la pertinence doit être régulièrement réexaminée.

La question de l'articulation des textes relatifs aux contenus numériques et aux règles de la propriété littéraire et artistique demeure délicate, à l'image des ambiguïtés de la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, dont la discussion a pu faire évoluer le texte dans un sens consacrant clairement la violation des droits de propriété intellectuelle comme un vice de conformité, ce qui n'était évident dans la version initiale.

La notion de données n'est pas davantage définie que celle de contenus numériques mais, en raison de la multiplicité des régimes qui s'attachent à ses acceptions variées, les règles applicables aux données sont susceptibles de perturber celles du droit de la propriété littéraire et artistique.

Ainsi, les ambiguïtés passées des politiques publiques en matière d'ouverture des données publiques laissent planer certaines incertitudes, qui tendent à s'amenuiser, quant à leur conciliation avec l'exercice des droits de propriété intellectuelle des personnes publiques et des tiers.
L'évolution des politiques publiques françaises, sous l'impulsion de normes européennes mais au-delà même de leurs prescriptions, a eu pour conséquence de passer d'une mise à disposition des données publiques restreinte à des conditions d'accès strictes telles que la demande de communication personnelle pour des usages à des fins non commerciales, à une stratégie de diffusion active de ces données, associée à une ouverture la plus large de l'usage par les administrés.
La conciliation de ces politiques publiques avec le droit de la propriété intellectuelle s'opère de manière distincte selon que sont en cause les droits des tiers ou de la personne publique elle-même. Les droits de propriété intellectuelle des tiers constituent l'une des exceptions tant à diffusion des données concernées qu'à leur réutilisation. En revanche, les personnes publiques ne peuvent plus désormais se prévaloir de leurs droits de propriété intellectuelle pour faire obstacle à l'ouverture des données. À la lisière de cette distinction, les implications du droit d'auteur des agents publics, que la loi du 1er août 2006 avait réformé, demeurent incertaines, notamment en raison de la carence du pouvoir réglementaire à prendre le décret d'application. De même, en dépit de la clarté du donné légal, l'existence d'interprétations divergentes au sein des autorités publiques sur l'étendue de la réutilisation des objets faisant l'objet de droits de propriété intellectuelle de tiers appelle une clarification des pratiques.
La possibilité, pour les personnes publiques, de percevoir des redevances à l'occasion de la diffusion des données publiques, lesquelles recouvrent également des œuvres de l'esprit couvertes par les règles de l'open data, donne lieu à d'âpres discussions. S'il est désormais acquis que de telles redevances ne peuvent pas être demandées au titre de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle de la personne publique, les positions ne sont pas encore arrêtées quant à l'opportunité d'exiger une rémunération en contrepartie de l'utilisation de ces « données » sur d'autres fondements (droit d'accès, exploitation de l'image des biens...) et le choix d'une gratuité plus propice à une utilisation simple des fonds, et par conséquent, à une diffusion élargie des contenus culturels.
La conjugaison d'un mouvement généralisé de « mise en données » du monde et d'une approche particulièrement compréhensive des données personnelles retenue par le législateur européen, ne pouvait que nourrir la rencontre du droit de la propriété littéraire et artistique avec celui des données à caractère personnel. Celle-ci a alimenté le contentieux relatif aux dispositifs de lutte contre la contrefaçon en ligne et devient stratégique dans la course au contrôle de la relation-client qui s'articule autour de l'individuation des utilisateurs.
Les dispositifs d'identification des contrefacteurs et de filtrage ont occasionné une succession de contentieux conduisant jusqu'ici les juges à opérer une balance des intérêts en présence entre protection de la propriété intellectuelle et protection des données à caractère personnel.

Toutefois, c'est le principe même de la conservation générale des métadonnées de communications électroniques qui est aujourd'hui en cause, suite à l'arrêt*Tele2 Sverige*de la CJUE de 2016, avec des enjeux qui vont bien au-delà de ceux de la lutte contre la contrefaçon mais qui pourraient remettre en cause l'accès de la HADOPI à celles-ci.

L'univers numérique voit coexister, et parfois s'affronter, des mouvements en faveur du partage et de la circulation des données et d'autres en faveur de l'affirmation de nouveaux droits de propriété ou d'autres formes de réservation, qui bousculent la place traditionnelle occupée par la propriété intellectuelle.

Dans le domaine scientifique, le mouvement en faveur de l'accès ouvert a reçu le soutien des pouvoirs publics, qui en font de manière croissante une condition de leurs subventions à la recherche et interdisent aux éditeurs d'empêcher la publication par le chercheur dans une archive ouverte. La combinaison de cette politique d'open content ou d'*open knowledge*avec l'exercice des droits des éditeurs aboutit à des situations complexes dans lesquelles, paradoxalement, l'auteur ou les institutions scientifiques se trouvent dans une situation parfois moins favorable que celle qu'offrent les dispositions d'ordre public du code de la propriété intellectuelle à propos du contrat d'édition.

La stratégie définie par l'Union européenne pour la constitution d'un marché unique numérique conduit également à encourager la circulation des données, à travers la reconnaissance, par des instruments juridiques successifs et selon des modalités diverses, de la portabilité des données personnelles, de celle des données à caractère non personnel et enfin de la portabilité transfrontière des contenus numériques. Cette dynamique, qui pour l'instant, ignore les œuvres et objets protégés par les droits de propriété intellectuelle gagnerait à s'y appliquer, permettant aux titulaires de droits de propriété littéraire et artistique de maintenir ou même de gagner une capacité de maîtrise des données accompagnant l'exploitation des objets protégés, les associant ainsi à l'économie autour de la donnée (*data driven economy*).

La reconnaissance d'un droit de propriété sur les données, parfois présentée comme une mesure de nature à favoriser leur circulation, soulèverait en revanche de multiples difficultés, notamment dans la définition de son champ et de ses titulaires et dans son articulation avec le droit de la propriété intellectuelle. Les équilibres de ce droit, qui concilie les intérêts du titulaire et ceux des utilisateurs à travers le jeu des exceptions, pourraient être menacés par l'affirmation d'un nouveau droit de propriété sur les données. Le droit de la propriété intellectuelle pourrait aussi se voir remplacé par la combinaison d'un contrôle contractuel et technique, dans le sillage de l'arrêt de la Cour de justice Ryanair de 2015 ou encore par la réactivation de la directive 96/9 relative à la protection des bases de données, hors du champ d'application restreint dans lequel la Cour l'a assignée depuis 2004.**L'essor des plateformes a accompagné de manière irrésistible l'accroissement du volume des contenus et des données numériques, leurs services d'intermédiation devenant indispensables pour y naviguer. Les instruments de régulation de la loyauté des plateformes essentiellement tirés du droit de la consommation sont**

susceptibles d’offrir un modèle pour lutter contre les asymétries de pouvoir et d’informations susceptibles de se manifester à propos des contenus protégés par des droits de propriété littéraire et artistique. Les plateformes ont pris une place nouvelle et incontournable dans l’économie de la distribution des contenus numériques en général des œuvres et objets protégés en particulier.

Reposant sur des modèles juridiques variés, certaines d’entre elles jouent ce rôle sans disposer de droits de propriété intellectuelle sur les œuvres auxquelles elles donnent accès, en s’abritant derrière la qualification d’hébergeur de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Est ainsi créée une rupture concurrentielle entre les plateformes entrées volontairement en relation avec les titulaires pour négocier des droits d’exploitation, et celles - souvent puissantes - qui ont refusé de se plier aux règles de la propriété littéraire et artistique, préférant imposer des conditions unilatérales au sein d’accords volontairement consentis. De nouvelles régulations empruntant au droit de la consommation, au droit de la concurrence ou au droit fiscal tentent de rétablir un équilibre entre les différentes catégories d’acteurs d’une part, et à imposer de nouvelles obligations à la charge respective des co-contractants, d’autre part.

L’apparition, au cours de ces dernières années, de régimes juridiques des plateformes dans de multiples textes de droit national et de droit de l’Union, tend désormais à appréhender leur rôle spécifique, distinct de celui d’un simple hébergeur, et à affirmer leurs responsabilités. Bien qu’il rompe avec une tradition établie de segmentation des régimes juridiques, ce mode de régulation transversale de la diffusion des contenus numériques est susceptible d’offrir des opportunités d’établir un rapport contractuel plus équilibré entre les titulaires de droits et les acteurs de la distribution numérique, notamment dans un contexte de concentration économique.

Est, à cet égard, porteuse de promesse l’intervention du droit de la consommation pour garantir à travers des obligations précises la loyauté des plateformes - dont les réseaux sociaux - dans leurs activités de classement et de mise en avant des contenus. L’imputation directe à certaines plateformes de la responsabilité de la diffusion des œuvres et autres objets protégés résultant de l’article 13 de la proposition de directive DAMUN constitue une étape supplémentaire dans cette perspective.**Le fait que les opérateurs de « big data » utilisent de manière indifférenciée des agrégats au sein duquel les œuvres et objets protégés perdent leur individualité dans la masse perturbe le droit de la propriété littéraire et artistique, construit sur une représentation individualisée et statique des œuvres.**Les utilisations de quantités infiniment grandes et infiniment petites d’œuvres ou autres objets protégés posent des difficultés nouvelles aux titulaires, s’agissant de rapporter la preuve de la protection dont ils entendent se prévaloir, parce que les objets sont noyés dans une masse ou qu’ils sont fragmentés de telle manière qu’ils sont difficilement identifiables.

En raison des volumes à traiter, les coûts de transaction des preuves sont souvent hors de proportion avec les perspectives de gain dans le procès, dès lors qu’il s’agit de démontrer l’originalité des œuvres ou l’investissement substantiel dans la création de la base de données.

La question de la difficulté de la preuve face à des traitements volumétriques pourrait être résolue grâce à la reconnaissance de nouvelles présomptions – ce qui fait l'objet d'une nouvelle mission au CSPLA.
Le caractère plus diffus des conditions de protection de certains droits voisins place ces derniers dans une position paradoxalement plus favorable que celle des auteurs pour faire valoir leurs droits, au mépris de la hiérarchie traditionnelle entre droit d'auteur et droits voisins.
La proposition de création d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse s'attache à réduire ce conflit, non sans difficultés.
L'analyse volumétrique des seuils d'usage d'œuvres ou d'objets protégés sujets à autorisation est susceptible de varier selon que l'appréciation est faite par le juge ou par des systèmes algorithmiques. L'existence d'usages de masse suppose, de surcroît, l'activation d'outils de licitation adéquats.
L'analyse quantitative de l'emprunt peut dans l'état actuel, conduire à deux conclusions totalement contraires. Si elle est liée, comme c'est le cas en jurisprudence, à l'analyse des éléments extraits au regard des caractéristiques originales de l'œuvre d'origine, elle peut conduire à écarter l'application du droit d'auteur du titulaire de l'œuvre première dès lors que ces éléments caractéristiques ne sont pas identifiables dans l'ensemble plus important dans lequel ils s'intègrent. Inversement, si l'on applique une logique quantitative « pure » rendue possible par des mécanismes de tatouage ou d'empreinte, on conclura à la présence de l'œuvre par la simple coïncidence de l'identification des données du fichier d'empreinte, indépendamment de la reprise de ces éléments caractéristiques.
La détermination du volume de la diffusion n'entre en principe pas en ligne de compte dans le déclenchement du droit exclusif. Toutefois, plusieurs règles ou jurisprudences appréhendent ces effets de seuil, soit pour s'attacher à la quantité des objets utilisés, notamment en ce qui concerne les exceptions visant les citations ou les extraits, soit pour appréhender le volume des personnes destinataires.
Ces effets de seuils ou de flux devraient conduire à adapter les modalités d'exercice des droits, notamment en privilégiant des solutions pragmatiques et globales pour faciliter la licitation des droits dans le cas d'usages de masse.**La valeur informationnelle des œuvres et autres objets protégés ou des données qui les environnent est au cœur de l'économie de la donnée, mais elle est difficilement appréhendée par les instruments de la propriété littéraire et artistique.**
Les subtils équilibres que tend à maintenir la propriété littéraire artistique entre le périmètre des droits exclusifs et la liberté d'expression donnent lieu à des solutions complexes et précaires par leurs sources, de sorte qu'il est difficile d'appréhender simplement le sort d'activités essentiellement tournées vers cette valeur informationnelle comme l'indexation, le minage ou le référencement.
Les perspectives économiques ouvertes par l'économie de la donnée d'une part, et la nécessaire accessibilité des informations afin que certaines activités innovantes et d'intérêt public puissent s'épanouir d'autre part, appellent à clarifier l'état du droit sur ces questions, notamment à propos de l'indexation et du référencement dont la proposition de directive DAMUN ne traite que de manière

marginale.
L'adoption dans la proposition de directive DAMUN, d'une exception facultative de fouille plus large que celle reconnue à des fins de recherche constitue un enjeu majeur de l'économie de l'intelligence artificielle et supposera un examen attentif des équilibres à établir entre une juste rémunération des titulaires et la liberté du commerce et de l'industrie, notamment sur le marché des services dérivés des activités de minage où la valeur produite est difficilement rattachable au corpus des objets minés.
L'association des titulaires de droit à l'activité d'indexation et de référencement de leurs œuvres et autres objets protégés constitue également un défi important dans une société où l'information sur l'œuvre ou autour de l'œuvre tend à avoir une valeur croissante et est la condition d'une libre circulation informationnelle. Une première réponse, parcellaire, a été fournie avec l'adoption d'un régime de gestion collective obligatoire pour les murs d'images dont l'activation dans la loi française demeure, en attente d'une validation européenne qui affleure dans les discussions en cours au sujet de la directive DAMUN.
Le chantier du traitement des liens et autres outils signalétiques demeure toutefois à bâtir, comme en atteste l'instabilité du régime des liens au sein de la jurisprudence de la Cour de justice et dans le droit voisin des éditeurs de presse.
Les mécanismes de centralisation des autorisations permettent d'apporter une réponse utile à l'usage par la multitude. L'article 13 de la proposition de directive DAMUN apporte de ce point de vue deux innovations ; la première, sujette à controverses, tient à l'adaptation des mécanismes de périmètre de sécurité dont jouissent certains intermédiaires depuis la directive « commerce électronique », pour prendre en compte le caractère « actif » de certains d'entre eux ; la seconde, moins mise en avant mais tout aussi importante, est relative au mécanisme de licitation des usages par la plateforme pour le compte de ses utilisateurs, permettant à ces derniers, lorsqu'ils agissent à titre non professionnel, de ne pas devoir s'acquitter des obligations de demande d'autorisation préalable.
Dans ce contexte, les solutions de « blocage » et de « filtrage » doivent être entourées de garanties visant à en réduire les effets négatifs. À cette fin, les propositions de la directive DAMUN visent à instaurer des procédures permettant aux personnes victimes d'un filtrage abusif de faire-valoir leurs droits de la défense auprès d'une personne physique, dans un cadre d'égalité des armes.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, et du résultat des auditions la mission a entendu formuler plusieurs propositions, non exhaustives, qui s'articulent autour de trois axes. **Axe 1 : Ajuster le cadre institutionnel de la propriété littéraire et artistique à l'environnement numérique et au caractère transversal des notions de données et de contenus**Proposition n° 1 : Renforcer le travail en réseau entre le ministère de la culture et les ministères en charge des sujets porteurs d'enjeux pour la propriété littéraire et artistique (consommation, fiscalité, concurrence, etc.) ;

Proposition n° 2 : Constituer un groupe permanent de veille et d'analyse entre les administrations françaises et les acteurs concernés de la société civile sur les sujets de propriété littéraire et artistique ;
Proposition n° 3 : Développer la coopération entre le CSPLA et le Conseil national du numérique (CNNum), par exemple par la nomination d'un membre commun aux deux instances, en développant les échanges réciproques avant publication sur les projets de rapport d'intérêt partagé ou en constituant des groupes de travail communs en vue de la rédaction de rapports conjoints ;
Axe 2 : Accompagner et non subir la fluidification des œuvres et objets protégés pour assurer leur exposition dans ce nouvel univers Proposition n° 4 : Lever les incertitudes liées au droit d'auteur des agents publics, en prévoyant que la publication des documents administratifs est toujours couverte par la cession légale et en abrogeant la référence au décret d'application ;
Proposition n° 5 : Valoriser le dépôt légal en permettant sa consultation à distance dans un cadre de sécurité équivalent à la consultation sur place et en ouvrant l'exception de fouille de textes et de données aux institutions dépositaires, conformément aux dernières orientations de la proposition de directive DAMUN ;
Proposition n° 6 : Lancer une mission pluridisciplinaire sur l'opportunité économique et culturelle d'une politique de mise en ligne des copies numériques des œuvres détenues par les musées ;
Proposition n° 7 : Développer les mécanismes d'incitation des titulaires de droit à investir dans la « mise en données », par exemple en considérant que l'investissement réalisé dans la production de métadonnées ou dans l'uniformisation des formats constitue un investissement recevable pour la protection d'une base de données au titre du droit sui generis ;
Proposition n° 8 : Envisager des mécanismes de licitation trans-répertoires pour couvrir la diversité des types d'œuvres et objets protégés au sein de traitements de masse et, de manière plus prospective, développer une réflexion autour de l'adéquation du droit d'auteur avec des mécanismes d'agrégation tels que la notion de répertoire, de fonds, de collection ou encore de communauté ;
Proposition n° 9 : Développer le recours aux dispositifs de licitation pour compte de tiers prévu dans la proposition de directive DAMUN à propos de certaines plateformes, et l'élargir à d'autres hypothèses ;**Axe 3 : Favoriser l'exploitation numérique des œuvres et objets protégés dans une économie de la donnée, tout en associant les ayants droit à la valeur créée**Proposition n° 10 : Développer des mécanismes de rémunération adaptés aux usages de masse et utilisations fragmentaires des contenus, notamment à propos d'une éventuelle exception de fouille à des fins commerciales ;
Proposition n° 11 : Créer, en faveur des titulaires un droit à la « portabilité » des données d'usage des œuvres et objets protégés, lequel pourrait avoir un prolongement spécifique pour l'auteur originaire ; s'assurer que le partage des données collectées par les plateformes et autres distributeurs est rendu possible dans le respect des droits des tiers ;
Proposition n° 12 : Reconnaître aux auteurs d'écrits scientifiques un droit spécifique à la portabilité

des données sur la citation de leurs écrits dont seraient débiteurs des éditeurs de revues scientifiques.