

La régulation du droit d'auteur dans l'environnement numérique

Par Alexandra BENSAMOUN

Professeur de droit privé à l'Université de Rennes 1

Introduction

Modification des équilibres

L'environnement numérique a fait émerger de nouveaux rapports de force qui ont des implications sur la chaîne de valeur. Traditionnellement, l'équilibre du droit d'auteur reposait sur la prise en compte de trois catégories d'acteurs : les auteurs, placés au centre des attentions dans la loi française, les exploitants, cocontractants des auteurs, et le public. Cette appréhension est aujourd'hui remise en cause par l'apparition d'une nouvelle catégorie d'intervenants : les intermédiaires techniques de l'Internet et surtout, parmi eux, les plateformes. Celles-ci s'interposent désormais dans les relations entre les auteurs et le public, voire entre les cocontractants de l'auteur, titulaires dérivés des droits, et le public. Elles sont aussi parfois utilisées comme des supports de la contrefaçon, hébergeant des contenus non autorisés. Le modèle normatif artistique peine dès lors à s'imposer sur les réseaux.

Modification de la norme

L'inadaptation du droit invite naturellement à sa modification. Deux voies s'offrent alors : réécrire ou co-écrire la norme. Les deux se recourent d'ailleurs parfois ⁽¹⁾. Dans la première hypothèse, il s'agit de réformer le droit existant, pour l'adapter à l'environnement numérique, précisément en responsabilisant les acteurs visés. Cette voie, législative, est la plus longue, la plus encadrée, la plus difficile à obtenir, surtout qu'elle n'est pertinente qu'à l'échelle européenne *a minima* ⁽²⁾. Dans la seconde hypothèse, il est question d'impliquer les acteurs de manière volontaire, en particulier d'en faire des relais de la lutte contre la contrefaçon. L'engagement prend alors la forme de chartes ou autres textes de *soft law*.

Contre toute attente, les deux voies partagent la même précarité, car le numérique ne se laisse pas saisir facilement. D'abord, parce qu'il est porteur de progrès et que les autorités ne souhaitent pas brider l'innovation. Ensuite, parce qu'il est facteur de liberté, l'Internet s'étant révélé un formidable outil de la liberté d'expression, et que le droit d'auteur, par la réservation qu'il permet, a pu être présenté comme liberticide. Enfin, parce qu'il a donné naissance à des entreprises puissantes, souvent réduites à une appellation uniforme, « GAFA(M) », des entreprises souveraines (Blandin-Obernesser, 2016), qui ont un pouvoir de négociation (et un pouvoir financier) comparable à celui de certains États.

Régulation et pluralisme

Aussi ces différents facteurs impliquent-ils d'adopter une vision pluraliste de la régulation ⁽³⁾ du droit d'auteur dans l'environnement numérique, participant d'un mouvement plus profond de

(1) Le site participatif mis en place dans le cadre de la réflexion sur la Loi pour une République numérique annonçait officiellement une « cocréation de la loi ». Pour une analyse critique, voir Bensamoun (2017, p. 65).

(2) À l'instar de la fermeture de Google News en Espagne lors de la mise en place d'un droit voisin au profit des éditeurs de presse.

(3) La régulation est ici appréhendée au sens large, intégrant la réglementation comme l'un des instruments disponibles (Frison-Roche, 2001, p. 610).

renouvellement des sources du droit (Bensamoun, 2011, p. 279). Les voies identifiées, celle du droit dur et celle du droit mou, ne s'excluent pas, elles se complètent. Mais si le droit souple, impliquant les acteurs du numérique, s'est considérablement développé ces dernières années, le droit dur, s'imposant à eux, peine à se réformer.

La régulation du droit d'auteur dans l'environnement numérique passe ainsi tant par un assouplissement que par une modification des rapports de force, par l'implication volontaire des nouveaux acteurs, grâce au droit souple, comme par leur responsabilisation, imposée par la réforme du droit dur.

Assouplir les rapports de force : l'implication des nouveaux acteurs par le droit souple

Droit souple et lutte contre la contrefaçon numérique

La remise en cause du système légicentré a conduit à une multiplication des ordres juridiques, où les sources se complètent, se concurrencent, s'enchevêtrent. Délaissant le schéma pyramidal, le droit se construit en réseau (Ost et Van de Kerchove, 2002) et s'ouvre à des sources à la juridicité douteuse, hésitante : chartes, codes éthiques, etc.

Le droit d'auteur n'a pas échappé à ce mouvement prônant la flexibilité du droit et reposant sur le dialogue des parties prenantes. Le droit ne s'impose alors plus aux acteurs, il est négocié par eux. C'est en matière de lutte contre la contrefaçon en ligne que la tendance s'est illustrée en droit de la propriété intellectuelle, marquant l'insuffisance du droit légiféré en la matière (Bensamoun et Zolynski, 2011, p. 59).

Le droit souple pour tarir les sources de contrefaçon

La voie du droit souple en droit d'auteur s'est ouverte aux États-Unis, dès 2007, avec les *User Generated Content Principles*, charte signée entre les parties intéressées, titulaires de droits et sites contributifs, en vue de tarir la contrefaçon grâce à des technologies de filtrage *ex ante* des contenus affichés par les utilisateurs⁽⁴⁾. En France, c'est sur le terrain de la propriété industrielle que s'est d'abord illustrée la démarche, avec la « Charte de lutte contre la contrefaçon sur Internet », de décembre 2009, signée par les ayants droit et certains prestataires techniques proposant des plateformes de vente de produits, renforçant la coopération entre les acteurs pour détecter plus activement les produits de contrefaçon proposés à la vente, les retirer des sites et prendre des mesures techniques permettant d'éviter la récurrence des contrefacteurs. Dans le même sens, un *MoU – Memorandum of Understanding* – a été signé en mai 2011 au niveau européen entre des ayants droit et des plateformes.

Le droit souple pour tarir les revenus des sites contrefaisants

L'implication des acteurs a également été requise dans une logique d'assèchement des revenus financiers des sites illicites. La logique, dite « *Follow the money* », a été portée au niveau européen par l'unité « Lutte contre la contrefaçon et le piratage » de la Commission européenne⁽⁵⁾. Il s'agit de « frapper au portefeuille » les sites « massivement contrefaisants », souvent domiciliés à l'étranger et très mobiles, qui tirent principalement leurs revenus de la publicité ou d'abonnements payés au moyen de cartes bancaires. La recommandation s'est traduite en France en mars 2015 par la signature de la « Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins », entre les représentants des ayants droit (musique, logiciels de loisir, jeux

(4) Sur cette charte, voir Sirinelli (2009).

(5) Stratégie visant à l'adoption de chartes annoncée dans la Communication de la Commission, *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, COM(2015) 626 final, décembre 2015.

vidéo, édition, secteur audiovisuel...) et ceux du monde de la publicité (régies, annonceurs...) (Bensamoun, 2016, p. 182). L'engagement se matérialise par un partage d'informations entre les parties prenantes en vue d'exclure les sites dits « contrevenants » des relations commerciales, les annonceurs n'ayant pas intérêt, en termes d'image, à être associés à des sites en infraction. La démarche est rendue pérenne grâce à la mise en place d'un comité de suivi. Un comité de suivi assure un dispositif équivalent à destination des moyens de paiement. Au niveau européen, un *Memorandum of Understanding on Online Advertising and Intellectual Property Rights* a été arrêté en juin 2018.

L'évaluation des chartes

La *soft law* présente de nombreux avantages : l'adhésion des parties est gage d'effectivité de la norme ; la norme devient alors horizontale et non plus verticale. Élaborée par les acteurs, elle est au plus proche des besoins de la pratique. Sectorielle, elle peut, le cas échéant, s'affranchir des frontières. Mais l'efficacité ne doit pas obérer l'évaluation objective des chartes. Évaluer ces textes de droit mou, c'est poser les questions de leur légitimité et de leur effectivité. La norme négociée est une norme qui concentre les pouvoirs : faite par des acteurs, pour eux-mêmes, déliée du processus démocratique et, souvent, opaque sur les mécanismes qu'elle met en œuvre (opacité qui est pourtant gage de son efficacité), le processus fait douter de sa légitimité. Or, les parties n'ont ni la compétence ni l'autorité qui leur permettraient de justifier de cette légitimité.

Pourtant, l'autorité étatique ou supra-étatique valide la démarche et même l'encourage. Les chartes sont d'ailleurs bien souvent signées en des lieux officiels qui imposent une certaine solennité. C'est en effet à l'invitation – plus ou moins menaçante – de l'autorité officielle que le droit souple visant à lutter contre la contrefaçon numérique est mis en place. L'autorité délègue, en quelque sorte, sa capacité d'action normative à des acteurs privés. Cette privatisation de la norme, qui porte en elle le désengagement de l'État, peut également inquiéter.

Enfin, on peut douter de l'effectivité de ces normes où l'ordre de contrainte est défaillant. Pour autant, leur juridicité est-elle totalement absente ? Certes, la majorité des textes réfute la valeur contraignante de l'engagement. Mais cette qualification n'est pas nécessairement la chose des parties. Engagements d'honneur⁽⁶⁾, contrats ou engagements unilatéraux de volonté (Ghestin, Barbier et Bergé, 2018), voire quasi-contrats fondés sur la croyance légitime du destinataire..., plusieurs mécanismes ont été proposés pour juridiciser ce droit souple. On retiendra celui du (feu) « bon père de famille » : la diffusion des comportements vertueux pourrait permettre la création d'un standard qui pourrait servir de référence au juge, offrant alors un contenu normatif obligatoire à la règle.

Modifier les rapports de force : la responsabilisation des nouveaux acteurs par le droit dur

Droit d'auteur et commerce électronique

La mise en œuvre – ou la mise en cause – du droit d'auteur dans l'environnement numérique se résume à une opposition, celle entre deux directives européennes. D'abord, la directive 2001/29, dite « Infosoc »⁽⁷⁾, qui réglemente de manière transversale l'application du droit d'auteur sur l'Internet, au point d'en être aujourd'hui considérée comme le « droit commun »⁽⁹⁾. Le texte impose au

(6) Cass. com., 23 janvier 2007, n°05-13.189 : *Bull.* IV, n°12 ; D. 2007, p. 442, obs. Delpéch X ; RTD civ. 2007, p. 340, obs. Mestre J. et Fages B. ; RDC 2007/3, p. 697, note Laithier Y.-M. ; *CCE 2007*, comm. 54, obs. Caron C. – Voir aussi les exemples donnés dans Oppetit (1979, p. 107).

(7) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

public, utilisateur d'œuvres, de respecter le monopole d'exploitation de l'auteur, plus précisément son droit de reproduction et son droit de communication au public. Aussi, toute utilisation d'une œuvre tombe en principe, sous réserve des cas (limitatifs) d'exception, dans le giron de la protection. Mais cette opposabilité du droit est en quelque sorte suspendue pour certains acteurs par la directive 2000/31, dite « e-commerce »⁽⁹⁾, qui pose un régime de responsabilité conditionnée, notamment pour les hébergeurs (article 14), fondée sur le triptyque : « savoir, pouvoir, inertie »⁽¹⁰⁾. Leur responsabilité ne peut être engagée du fait de contenus illicites que s'ils avaient connaissance de l'illicéité de ceux-ci (notification), et que, bien qu'en capacité de retirer lesdits contenus, ils se sont abstenus de le faire. Or, sans anticipation législative, les plateformes UUC (*user uploaded content*) ont pu profiter de ce régime de faveur.

Chaîne de valeur et Internet

Les modèles économiques ont évidemment changé depuis l'adoption de la directive « e-commerce ». Or, le régime de faveur conduit à déresponsabiliser des acteurs qui pourtant profitent de l'utilisation des œuvres, notamment grâce aux recettes publicitaires associées. En outre, il existe une véritable distorsion de concurrence entre ceux qui rémunèrent les ayants droit – plateformes sur abonnement du type Spotify ou Deezer – et ceux qui considèrent n'être pas soumis au droit d'auteur – plateformes UUC type YouTube ou Vimeo. Les premiers reversent 70 à 80 % du chiffre d'affaires téléchargement/*streaming* à la filière musicale, pendant que les seconds n'en reversent aux ayants droit que 20 % (Farchy et Moreau, 2016).

Ce déplacement de la valeur générée par les contenus culturels protégés, des ayants droit vers les plateformes 2.0, a donné naissance à une réflexion européenne, fondée sur l'idée de transfert de valeur ou *value gap*⁽¹¹⁾. C'est l'objet de l'article 13 (et du considérant 38) de la proposition de directive « Droit d'auteur dans le marché unique numérique ». L'idée est double : d'abord, rendre le droit d'auteur à nouveau opposable aux plateformes qui communiquent au public des œuvres chargées par leurs utilisateurs et qui ont un rôle actif, par l'optimisation de la présentation des œuvres ou encore leur promotion – ce qui impliquera de passer des licences avec les ayants droit ; ensuite, obliger à la mise en place de mesures à même de faire respecter le droit d'auteur.

Pour l'avenir...

Début 2019, le projet de texte européen précité est toujours en phase de trilogie. De nombreuses versions ont circulé et de l'aveu de certains parlementaires européens, le *lobbying*⁽¹²⁾ a rarement atteint un tel degré pour un texte qui, en définitive, a pour objectif prioritaire de protéger les contenus culturels. Sans savoir ce qu'il en restera, on retiendra une chose : combien les enjeux de la régulation du droit d'auteur sont devenus fondamentaux dans l'environnement numérique.

(8) CJUE, 22 décembre 2010, affaire C-393/09, point 44 : « il convient de vérifier si l'interface utilisateur graphique d'un programme d'ordinateur peut bénéficier de la protection *du droit d'auteur de droit commun en vertu de la directive 2001/29* » (passage souligné par nos soins).

(9) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

(10) L'expression est de M. Vivant.

(11) Voir notamment la résolution du Parlement européen sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 9 juillet 2015, 2014/2256(INI) : « les œuvres créatives sont l'une des principales sources qui alimentent l'économie numérique et les acteurs du secteur des technologies de l'information tels que les moteurs de recherche, les médias sociaux ou les plateformes de contenu généré par les utilisateurs, mais que la quasi-totalité de la valeur dégagée par les œuvres créatives est transférée à ces intermédiaires numériques, qui refusent de rémunérer les auteurs ou négocient des rémunérations extrêmement faibles ». Adde Communication de la Commission *Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur*, précitée – Sur cette disposition de la proposition de directive, voir Bensamoun (2018, p. 278).

(12) Sur le sujet en général, voir Lapousterle (2009).

Bibliographie

BENSAMOUN A. & ZOLYNSKI C. (2011), « La lutte contre la contrefaçon sur Internet : les sources de l'implication des prestataires techniques », *RLDI*, octobre, n°2494.

BENSAMOUN A. (2011), « Les mutations de la norme en droit d'auteur (réflexion sur les sources) », in MARTIAL-BRAZ N., RIFFARD J.-F. & BEHAR-TOUCHAIS M. (dir.), *Les mutations de la norme : le renouvellement des sources du droit*, dir. Economica, coll. « Études juridiques ».

BENSAMOUN A. (2016), « Droit souple et lutte contre la contrefaçon en ligne », *Dalloz IP/IT*.

BENSAMOUN A. (2017), « Réflexion méthodologique sur la norme : l'exemple de la "République numérique" », in GAULLIER F. (dir.) (2017), *Liber Amicorum en l'honneur de Gilles Vercken*, éd. Cabinet Vercken et Gaullier.

BENSAMOUN A. (2018), « Le *value gap* ou le partage de la valeur dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique », *Revue Entertainment*, Bruylant, n°2018-4.

BLANDIN-OBERNESSER A. (dir.) (2016), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant.

FARCHY J. & MOREAU F. (2016), *L'économie numérique de la distribution des œuvres et le financement de la création*, septembre, rapport téléchargeable via <http://la-rem.eu/wp-content/uploads/2017/03/Economie-nume%CC%81rique-financement-de-la-cre%CC%81ation.pdf>

FRISON-ROCHE M.-A. (2001), « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*.

GHESTIN J., BARBIER H. & BERGÉ J.-S. (2018), *Introduction générale, Traité de droit civil*, Tome 1, dir. GHESTIN J., LGDJ-Lextenso, 5^{ème} éd.

LAPOUSTERLE J. (2009), *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de thèses ».

OPPÉTIT B. (1979), « L'engagement d'honneur », *Recueil Dalloz*.

OST F. & VAN DE KERCHOVE M. (2002), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis.

SIRINELLI P. (2009), « La responsabilité des prestataires de l'Internet : l'exemple des sites contributifs », in *La propriété littéraire et artistique en quête de sens, Colloque à l'occasion du 20^e anniversaire du Cerdi et du Master DI2C*, *RLDI*, suppl. n°49, mai, n°1645.