



Janvier 2014

Réponse de La Quadrature du Net à la consultation publique de la Commission européenne sur la réforme du droit d'auteur en Europe

[English version](#)

La version anglaise de cette réponse est celle de référence

PLEASE IDENTIFY YOURSELF:

Name:

La Quadrature du Net : <https://www.laquadrature.net/fr/qui-sommes-nous>

*La Quadrature du Net est une **association de défense des droits et libertés des citoyens sur Internet**. Elle promeut une adaptation de la législation française et européenne qui soit fidèle aux valeurs qui ont présidé au développement d'Internet, notamment la libre circulation de la connaissance.*

In the interests of transparency, organisations (including, for example, NGOs, trade associations and commercial enterprises) are invited to provide the public with relevant information about themselves by registering in the Interest Representative Register and subscribing to its Code of Conduct.

- If you are a Registered organisation, please indicate your Register ID number below. Your contribution will then be considered as representing the views of your organisation.

Le numéro d'identification de La Quadrature Du Net est:

789158412311-88

TYPE OF RESPONDENT (Please underline the appropriate):

- ✓ **End user/consumer** (e.g. internet user, reader, subscriber to music or audiovisual service, researcher, student) **OR Representative of end users/consumers**
- for the purposes of this questionnaire normally referred to in questions as **"end users/consumers"**

Introduction

Pour la troisième fois en trois ans, la Commission européenne lance une consultation sur le droit d'auteur dans le marché intérieur. Cette consultation intervient bien tard, alors qu'en juillet 2012 le rejet historique de l'accord ACTA par le Parlement européen aurait dû logiquement conduire la Commission à ouvrir le chantier de la révision de la directive 2001/29/CE pour tenir compte des aspirations profondes au changement exprimé par les citoyens européens qui se sont mobilisés massivement contre les menaces aux libertés fondamentales dont était porteur l'ACTA.

Au lieu de cela, la Commission a préféré s'engager dans le processus « *Licences for Europe*ⁱ », postulant que de simples solutions contractuelles seraient suffisantes pour adapter le cadre réglementaire européen aux défis soulevés par l'environnement numérique. Ayant participé au groupe de travail sur les « *User Generated Content* », La Quadrature du Net a pu constater le profond décalage entre cette approche contractuelle et l'aspiration des citoyens à ce que qu'un changement réel intervienne dans la réglementation européenne afin que leurs droits culturels fondamentaux soient enfin pris en compte. Contrairement à ce qu'affirme le texte de cette consultation, « *Licences for Europe* » s'est soldée par un échec dont toutes les leçons n'ont visiblement pas encore été tirées.

Par ailleurs, La Quadrature du Net déplore vivement que malgré le rejet de l'accord ACTA, la Commission européenne se soit engagée dans la négociation de nouveaux traités commerciaux incluant des volets « propriété intellectuelle » qui risquent d'aboutir à des dispositions comparables à celles qui ont été rejetées par les représentants élus des citoyens européens. C'est certainement le cas dans l'accord CETAⁱⁱ, négocié entre le Canada et l'Union européenne pour lequel quelques jours seulement après le rejet de l'ACTA, une version fuitée montrait qu'il contenait des passages reprenant mot pour mot les pires passages d'ACTA relatifs aux sanctions pénales et aux dispositions répressives en matière de droit d'auteur. L'accord TTIP/TAFTA, négocié entre les États-Unis et l'Union européenne, soulève les mêmes inquiétudesⁱⁱⁱ. Son contenu est toujours tenu secret, mais le mandat de négociation de la Commission englobe les questions liées à la propriété intellectuelle, qui font craindre le retour d'un « Super-ACTA^{iv} ». Non content de bafouer les principes élémentaires de transparence et de respect du processus de décision démocratique, ces négociations commerciales jettent aussi potentiellement le discrédit sur cette consultation, car la marge de manœuvre de l'Union européenne sera réduite à une peau de chagrin si les accords CETA ou TAFTA ont déjà verrouillé le système en amont.

Néanmoins, les composantes de la société civile qui s'étaient exprimées au moment du rejet de l'accord ACTA n'ont pas attendu la Commission européenne pour élaborer des pistes de réforme du droit d'auteur en Europe qui cherchent enfin à harmoniser la reconnaissance des droits culturels des individus avec le respect dû aux auteurs et le dégagement de nouvelles pistes pour le financement de la création.

La Quadrature a contribué activement à ce processus de réflexion autour d'une réforme positive du droit d'auteur en publiant en juillet 2012 un programme intitulé « Éléments pour la réforme du droit d'auteur et des politiques culturelles liées^v ».

Le programme de réforme positive du droit d'auteur de La Quadrature du Net

Le numérique porte la promesse de capacités culturelles accrues pour chacun, d'une nouvelle ère où les activités créatives et expressives sont au cœur même de nos sociétés. Dans un contexte souvent hostile, cette promesse montre chaque jour qu'elle est solide. Dans de nombreux domaines, la culture numérique est le laboratoire vivant de la création. Elle donne lieu à de nouveaux processus sociaux et permet le partage de ses produits. De nouvelles synergies se développent entre d'une part, les activités et la socialité numérique et, d'autre part les créations physiques et interactions sociales hors numérique. L'objectif d'une réforme raisonnable du droit d'auteur et des politiques culturelles ou des médias est de créer un meilleur environnement pour la réalisation de cette promesse. Il y a pour cela deux conditions : arrêter de nuire au développement de la culture numérique et, si possible, la servir utilement.

L'obscurantisme qui a voulu imposer dans la sphère numérique la rareté des copies et le contrôle des usages nous a détournés des vrais défis de la culture numérique. Le principal d'entre eux provient justement des effets positifs du numérique : nous nous dirigeons vers un monde où un nombre croissant de personnes s'engage dans des activités créatives et expressives. Leurs produits montent en qualité ou intérêt sur l'ensemble du continuum qui va de la pure réception aux pratiques professionnalisées. Ces personnes cherchent à développer de nouvelles compétences, à se construire comme individus dans leurs activités, à libérer du temps pour leurs efforts et pour les interactions sociales qui leur permettent de progresser. Ce développement humain, au sens le plus noble du terme, parvient à se réaliser en partie par les seuls bénéfices du numérique et de la socialité qui s'y développe. Notre environnement social et réglementaire actuel prive néanmoins un grand nombre d'individus de ce développement potentiel et limite les autres.

La Quadrature du Net défend que l'objectif d'une réforme du droit d'auteur doit être de soutenir la créativité de l'ensemble des citoyens en Europe, et non uniquement de préserver les intérêts des industries culturelles traditionnelles. Un tel but a besoin pour être atteint de mesures sociales, économiques et politiques, qui dépassent le cadre de la seule révision de la réglementation européenne sur le droit d'auteur. Mais la dimension juridique joue cependant un rôle important, afin que les pratiques et la créativité qui s'expriment spécifiquement dans l'environnement numérique puissent s'épanouir sans être constamment rejetées dans l'illégalité.

À cette fin, La Quadrature a élaboré un programme en 14 points, organisé en 4 blocs, portant respectivement sur les pratiques non marchandes des individus, les usages collectifs non marchands, l'économie culturelle et les infrastructures techniques, juridiques et fiscales.

pratiques non-marchandes
des individus



domaine public, médiation
mémoire, éducation,
recherche

économie culturelle équitable,
édition et distribution



infrastructures communes
juridiques, techniques
et fiscales

Globalement, La Quadrature du net déplore l'orientation générale de la consultation proposée par la Commission européenne et la manière dont le questionnaire est organisé. En déconnexion avec les aspirations profondes des citoyens européens, l'objectif principal de la Commission dans cette consultation reste « *l'amélioration de la mise à disposition de services de fourniture de contenus au sein du Marché Unique au-delà des frontières nationales, tout en assurant un niveau de protection adéquat des titulaires de droits* ». La Commission balaie un grand nombre de questions dans sa consultation, mais elle passe sous silence les plus importantes pour la reconnaissance des droits culturels des individus en Europe.

Aucun questionnement n'est ouvert par exemple sur le principe même de la protection juridique des DRM (Mesures Techniques de Protection), alors que ces « menottes numériques » fragilisent gravement les droits des individus sur les contenus culturels depuis leur consécration par la directive de 2001. Plus significativement, la Commission européenne ne pose pas la question de savoir s'il convient de légaliser le partage non marchand entre individus des œuvres protégées en ligne, alors que cette problématique constitue l'enjeu majeur auquel l'adaptation du droit d'auteur à l'environnement numérique est confrontée.

Pour ces raisons, nous n'avons pas toujours suivi l'ordre des questions posées dans le formulaire, ni répondu à l'ensemble d'entre elles. Nous avons également répondu librement à des questions formulées d'une manière trop fermée pour nous permettre d'exprimer notre point de vue complet sur le sujet.

I Reconnaissance du partage non-marchand entre individus par l'épuisement des droits :

80. Are there any other important matters related to the EU legal framework for copyright? Please explain and indicate how such matters should be addressed.

La Quadrature du Net déplore vivement que le questionnaire de la Commission n'aborde à aucun moment directement le sujet du statut du partage des œuvres entre les individus sur Internet, alors qu'il s'agit de la principale question posée au droit d'auteur depuis plus de 30 ans maintenant, sans qu'aucune solution satisfaisante n'ait été apportée. La Quadrature du Net considère au contraire que la première réforme à apporter à la réglementation européenne devrait être la légalisation du partage entre individus sans but de profit et toutes les propositions soumises par notre association dans cette réponse sont directement ou indirectement reliées à cette mesure.

Pendant les 15 dernières années, la lutte contre le partage non marchand des œuvres numériques entre individus a constitué une véritable obsession. On a tenté par tous les moyens législatifs, technologiques, policiers et politiques d'empêcher ce qui non seulement est inévitable mais aussi est légitime et utile^{vi}. Le partage de fichiers pair à pair a été stigmatisé et réprimé, alors que ses promoteurs le considéraient comme une forme de mutualisation entre personnes. Il a été décrit comme un vol en dépit de toutes les preuves^{vii} qu'il n'est responsable – au plus – que d'une toute petite partie des difficultés des industries culturelles traditionnelles à s'adapter à l'ère numérique. Depuis 10 ans, chercheurs, organisations de la société civile numérique et communautés créatives cherchent les moyens d'obtenir une reconnaissance légale du partage non marchand. Beaucoup d'approches ont été proposées (exceptions au droit d'auteur, gestion collective obligatoire, licences collectives étendues). Ces propositions se heurtent à différentes difficultés, comme, il est vrai, toute politique innovante, en particulier lorsque les intérêts établis ont cherché à multiplier les obstacles. Pour réussir, la reconnaissance du partage non marchand des œuvres numériques entre individus devra reposer sur une solution claire et simple. Quelle meilleure approche possible que de renouer avec la façon dont

le partage non marchand était et est encore largement reconnu pour les œuvres sur support, en l'adaptant aux spécificités du numérique ?

L'épuisement des droits est la doctrine juridique (dont l'équivalent anglo-saxon est la doctrine de la première vente) qui fait que lorsqu'on entre en possession d'une œuvre sur support, certains droits exclusifs qui portaient sur cette œuvre n'existent plus. Il devient possible de la prêter, donner, vendre, louer dans certains cas. L'épuisement des droits n'est ni une exception ni une limitation du droit d'auteur ou *copyright*, même s'il a été codifié^{viii} ou décrit comme exception ou limitation dans une sorte de réécriture du passé. En effet, l'épuisement des droits décrit des situations dans lesquelles certains droits exclusifs n'existent plus. Il ne saurait donc être question d'y faire exception ou de les limiter. Qu'en faire dans le numérique, ce royaume où œuvre et support à un moment donné deviennent séparables ? Deux approches s'opposent. Les doctrinaires des droits exclusifs se sont préoccupés essentiellement d'interdire toute application de l'épuisement des droits aux œuvres numériques. Le cadre réglementaire européen les a suivis en restreignant l'épuisement des droits dans le monde numérique dans l'article 3.3. de la directive 2001/29/CE qui précise que « *Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 [droits exclusifs des auteurs, interprètes et producteurs de phonogrammes, vidéogrammes et œuvres cinématographiques et radiophoniques] ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article.* » On notera que cet article n'était en rien rendu nécessaire par les traités de l'OMPI de 1996 que la directive était censée transposer en droit européen. Or, accepter une mise à mort de l'épuisement des droits, revient tout simplement à annihiler les droits culturels élémentaires des individus. Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a pris une importante décision^{ix} qui reconnaît dans le cas du logiciel l'épuisement des droits pour les œuvres acquises en téléchargement, mais en le restreignant à un fichier donné qu'il ne serait pas possible de copier mais seulement de transmettre sous contraintes.

L'approche alternative consiste à partir des activités qui justifiaient l'épuisement des droits pour les œuvres sur support (prêter, donner, échanger, faire circuler, en bref partager) et de se demander quelle place leur donner dans l'espace numérique. Nous devons alors reconnaître le nouveau potentiel offert par le numérique pour ces activités, et le fait que ce potentiel dépend entièrement de la possession d'une copie et de la capacité à la multiplier par la mise à disposition ou la transmission. L'épuisement des droits va ainsi être défini de façon à la fois plus ouverte et plus restrictive que pour les œuvres sur support. Plus ouverte parce qu'il inclut le droit de reproduction, plus restrictive parce qu'on peut le restreindre aux activités non marchandes des individus sans porter atteinte à ses bénéfices culturels. Il est d'ailleurs utile de le faire si l'on veut organiser une synergie avec l'économie culturelle.

La Quadrature du Net propose de délimiter cette sphère du partage non-marchand entre individus de la manière suivante^x. Constitue un partage entre individus toute transmission d'un fichier (par échange de supports, mise à disposition sur un blog ou sur un réseau pair à pair, envoi par email, etc.) d'un lieu de stockage « appartenant à l'individu » à un lieu de stockage « appartenant à un autre individu ». « Appartenant à l'individu » est évident quand il s'agit d'un ordinateur personnel, d'un disque personnel ou d'un appareil mobile. Mais cette notion recouvre aussi un espace de stockage sur un serveur, lorsque le contrôle de cet espace

appartient à l'utilisateur et à lui seul (espace d'un abonné d'un fournisseur d'accès sur les serveurs de ce FAI, hébergement *cloud* si le fournisseur n'a pas de contrôle sur le contenu de cet hébergement).

Un partage est non-marchand s'il ne donne lieu à un aucun revenu, direct ou indirect (par exemple revenu publicitaire) pour aucune des deux parties. La notion de revenu est à entendre au sens strict comme perception monétaire ou troc contre une marchandise. Le fait d'accéder gratuitement à un fichier représentant une œuvre qui fait par ailleurs l'objet d'un commerce ne constitue en aucun cas un revenu.

Enfin, si l'on légalise le partage non-marchand entre individus, la fourniture de moyens à ce partage (par exemple opération d'un Hub DC++, d'un serveur eMule, d'un tracker BitTorrent, sous réserve de la condition qui suit), sans centralisation des contenus numériques eux-mêmes, et sans publicité associée à leur téléchargement ou visionnement/écoute/lecture serait légale, comme doit l'être la fourniture de moyens à une activité légale. Nous proposons cependant de soumettre cette fourniture de moyens à l'exigence de ne pas interférer avec les conditions de l'échange proprement dit. Il s'agit d'éviter qu'un fournisseur de moyens tire profit par une rémunération des avantages qu'il fournirait à un individu ou un œuvre particulière^{xi}, ce qui porterait atteinte au caractère non marchand et/ou au fait que le partage se déroule « entre individus ». L'ensemble de cette délimitation a pour double but de maximiser les bénéfices d'équité et de diversité culturelles et d'assurer la meilleure synergie entre le partage non marchand et l'économie commerciale culturelle.

Par cette application d'une mouture spécifique de l'épuisement des droits à la sphère numérique, on obtient des résultats essentiels :

- Reconnaître à nouveau que le droit d'auteur n'a rien à dire des activités de partage non marchand entre individus des œuvres numériques.
- Ouvrir la porte à la reconnaissance de nouveaux droits sociaux à la rémunération et à l'accès aux financements pour les contributeurs à la création (voir infra p. 23).

De nombreux réformateurs qui partagent les mêmes objectifs poursuivent aujourd'hui d'autres approches, reposant sur la création d'une exception au droit d'auteur ou la mise en place d'une forme de gestion collective obligatoire des droits pour le partage non marchand. Ces approches se heurtent à certains obstacles. Il ne s'agit pas tant du test en trois étapes prévu dans la convention de Berne et les accords ADPIC comme certains le prétendent^{xii}. Ces approches demanderaient une révision plus importante de l'acquis communautaire que celle de l'épuisement des droits. Elles auraient surtout le défaut d'importer dans un nouveau modèle des éléments très indésirables du droit d'auteur actuel (capture d'une grande partie des bénéfices par des héritiers et autres acteurs visant des rentes, gestion inéquitable).

La Quadrature du Net est ouverte à toute solution permettant une légalisation authentique du partage non marchand des œuvres numériques comme droit culturel, mais considère que l'épuisement des droits présente d'importants avantages par rapport à une nouvelle exception au droit d'auteur donnant lieu à compensation ou un mécanisme de gestion collective obligatoire. La principale raison est que dans ces cadres, le partage continuerait à être considéré non comme droit culturel, mais

comme un préjudice causé aux titulaires de droits et appelant une compensation, alors que l'existence même d'un tel préjudice découlant du partage en ligne de la culture n'a jamais été démontrée.

II Droits et fonctionnement au sein du marché unique

A) Faut-il davantage de clarté dans la définition de ce qui est permis (ou non) en matière de transmission numérique ?

La notion « d'acte de mise à disposition » (*making available*)

La notion « d'acte de mise à disposition » des œuvres constitue l'un des points les plus critiquables de la directive adoptée en 2001. Cette notion s'écarte de la définition traditionnelle des droits patrimoniaux : reproduction et communication des œuvres, en créant une incertitude et une insécurité juridique quant à son application.

Alors que son but manifeste était de soumettre aux droits exclusifs les actes de partage de fichiers sur les réseaux (*upload* en P2P ou « *seeding* »), le caractère flou de la notion « d'acte de mise à disposition » et le fait qu'elle ne soit pas définie par la directive a permis à des titulaires de droits de revendiquer l'application du droit d'auteur dans des situations dont il était exclu jusqu'à présent.

En cas de révision de la directive de 2001, la notion « d'acte de mise à disposition » devrait être écartée pour revenir aux concepts classiques de reproduction et de communication au public. Plus encore, en demandant à ce que le partage de fichiers entre individus sans but de profit soit légalisé sur la base de l'épuisement des droits, La Quadrature du Net demande que certains actes de « mise à disposition » sortent de l'emprise des droits exclusifs reconnus aux titulaires de droits.

Liens hypertexte et consultation de pages Web

11. Should the provision of a hyperlink leading to a work or other subject matter protected under copyright, either in general or under specific circumstances, be subject to the authorisation of the rightholder?

La Quadrature du Net milite pour une reconnaissance pleine et entière de la légitimité de la référence. Internet se caractérise avant tout par la possibilité de rendre accessible à travers un lien hypertexte tout contenu publié lorsqu'on connaît son URL. Cette possibilité est l'équivalent contemporain de la possibilité de référencer un contenu publié. Le fait de référencer à travers des liens des contenus accessibles est une condition primordiale de la liberté d'expression et de communication. De nombreuses décisions judiciaires ont rappelé le lien indissoluble entre le fait de publier un contenu et la liberté pour d'autres d'y faire référence directement par un lien.

Cette liberté fondamentale de faire des liens hypertextes vers des pages Web est actuellement remise en cause, au nom de la protection de la propriété intellectuelle, alors qu'elle constitue un des aspects fondamentaux du fonctionnement d'Internet. Cela a pu être le cas récemment lors du conflit qui a opposé Google à la presse en Allemagne où un nouveau droit voisin a été instauré portant sur la possibilité de faire des liens vers les sites de presse en ligne^{xiii}. Dans plusieurs autres pays européens (Irlande, France, Belgique, Italie), la tentation a été forte également de soumettre à régulation les liens hypertextes vers les contenus de presse. Par ailleurs en Grande-Bretagne dans l'affaire Meltwater, c'est la pratique du *clipping* qui va peut-être conduire à rendre payant les liens hypertextes vers des articles^{xiv}.

Dans le cadre de la lutte contre le partage des œuvres en ligne, certains ayants-droit ont également développé la très surprenante théorie selon laquelle les répertoires de liens (comme par exemple les *trackers* BitTorrent ou les serveurs fournissant directement ou indirectement des liens pour le partage pair à pair dans d'autres protocoles) constitueraient une exploitation des œuvres, même s'ils ne reproduisent nullement le contenu de ces œuvres.

Dans un contexte où le partage d'œuvres entre individus serait légalisé, il importe que la faculté de faire des liens hypertextes soit consacrée comme une liberté, y compris lorsque les liens pointent vers des œuvres protégées.

12. Should the viewing of a web-page where this implies the temporary reproduction of a work or other subject matter protected under copyright on the screen and in the cache memory of the user's computer, either in general or under specific circumstances, be subject to the authorisation of the rightholder?

Le fonctionnement même du Web implique que des copies temporaires soient stockées dans la mémoire-cache des ordinateurs lors de la consultation des pages Web. Ces copies techniques temporaires sont actuellement couvertes par une exception au droit d'auteur, prévue par la directive de 2001, qui est la seule exception devant obligatoirement être transposée par les États membres dans leur législation nationale.

Revenir sur cette exception pour soumettre au droit d'auteur la simple consultation de page Web reviendrait à remettre en cause un des principes fondamentaux du fonctionnement d'Internet. Encore une fois, cela provoquerait une extension démesurée du champ d'application du droit d'auteur en ligne et une remise en cause du « droit de lire ». Certains titulaires de droits poussent néanmoins actuellement pour faire en sorte que la simple consultation de pages Web soit soumise aux droits exclusifs et fasse le cas échéant l'objet de paiements. C'est la question qui a été posée en Grande-Bretagne par la *Newspaper Licensing Agency* dans le cadre d'un procès devant la Cour suprême. Celle-ci a renvoyé l'affaire devant la Cour de Justice de l'Union Européenne dont on attend la décision^{xv}.

En cas de révision de la directive de 2001, l'exception en faveur des copies techniques temporaires devrait être précisée de manière à englober la simple consultation des pages Web.

Possession des contenus téléchargés (*download to own digital content*)

Les questions posées par la Commission dans cette partie ne font référence qu'au problème de la revente d'occasion d'œuvres sous forme numérique. Mais il s'agit seulement d'une façon réductrice d'envisager le sujet de la « propriété » dont les consommateurs peuvent bénéficier après s'être procuré des fichiers numériques correspondant à des œuvres. Derrière la question de l'occasion numérique, c'est celle de l'étendue de l'épuisement des droits dans l'environnement numérique qui est posée et que la Commission devrait examiner dans le cadre de la révision de la directive sur le droit d'auteur.

Plusieurs intermédiaires ont commencé à proposer des formules permettant au propriétaire d'un fichier numérique de le revendre à un tiers, en « garantissant » que sa copie soit effacée de son ordinateur à l'occasion de la transaction (ReDIGI pour la musique aux États-Unis, Valve pour le jeu vidéo, etc). La revente du support physique d'une œuvre est possible légalement, sur la base du fondement de la doctrine de la première vente aux États-Unis (*First Sale Doctrine*) et de l'épuisement des droits en Europe. Ces mécanismes encadrant le champ d'application du droit d'auteur dans le monde physique sont fondamentaux pour les pratiques culturelles, car ce sont eux qui permettent également le don et l'échange de supports (livres papiers, CD, DVD, etc) entre particuliers. Mais vouloir les décalquer à l'identique dans la sphère numérique, en exigeant la suppression des fichiers cédés, manifeste une profonde incompréhension du caractère non-rival des copies numériques.

Les titulaires de droits ont réagi à ces nouveaux services de revente en les traînant devant les tribunaux, où ils ont obtenu pour l'instant gain de cause^{xvi}, sauf en matière de logiciels, pour lesquels la CJUE a considéré que l'épuisement des droits était applicable^{xvii}. Mais, en réalité, la revente de fichiers numériques constitue un non-problème, dans la mesure où cette pratique n'a tout simplement pas de sens dans l'environnement numérique. Au lieu de revendre un fichier et de le transférer à un tiers, il devrait être toujours possible à son détenteur de le copier et de le partager en ligne sans but de profit. Dans l'hypothèse où le partage non-marchand entre individus serait reconnu comme un droit, les titulaires de droits n'auraient en réalité plus rien à craindre de ces services de revente, puisque le partage assurerait la diffusion des œuvres.

Admettre la revente d'occasion de fichiers conduit en réalité à des aberrations et à des successions de dérives potentielles. En effet, à défaut d'être possible sur la base de l'épuisement des droits, la revente s'effectuera sur une base contractuelle par l'entremise de systèmes de DRM qui continueront à bafouer les droits élémentaires des individus sur les contenus culturels. Par ailleurs, de gros acteurs du numérique, comme Amazon ou Apple, sont en train de se positionner sur le créneau de la revente d'occasion de fichiers, par le biais de solutions brevetées qui leur permettront de renforcer encore davantage leurs stratégies d'intégration verticale.

Tous ces dispositifs constituent une régression des droits fondamentaux des citoyens vis-à-vis de la culture et non de nouvelles facultés positives. La seule solution qui permette réellement de dépasser ces faux-semblants est la légalisation du partage non-marchand. Occasion ou prêt numériques ne sont que des façons de nier l'existence d'une sphère non-marchande de la Culture sur Internet.

Pour consacrer ces pratiques légitimes et tirer toutes les conclusions de la révolution numérique, La Quadrature du Net propose au contraire d'étendre le mécanisme de l'épuisement des droits aux échanges non-marchands entre individus. C'est la conséquence logique du passage à un univers d'abondance où la copie ne peut être contrôlée sans déployer des moyens de répression inacceptables. C'est également le moyen d'assurer une coexistence et une synergie entre les activités commerciales et la sphère non marchande.

B) Enregistrement préalable des œuvres : est-ce une bonne idée ?

Des juristes de valeur dans tous les pays se sont demandés comment on pourrait, par une modification limitée, éviter d'importants effets pervers actuels :

- captation des bénéfices du *copyright* par des acteurs ne contribuant pas à la création (héritiers, gestionnaires de stock de droits, cessionnaires peu préoccupés des intérêts des auteurs et artistes),
- multiplication des œuvres orphelines et indisponibles,
- faiblesse du domaine public pour certains médias et limitations à son accessibilité et son usage, etc.

Ces réflexions ont convergé vers une proposition qui consisterait à rendre le bénéfice de la partie économique du *copyright* (et non les droits moraux comme l'attribution ou la divulgation) dépendant d'un enregistrement volontaire des œuvres par leurs auteurs. Cet enregistrement s'effectuerait pour une durée limitée (quelques années) reconductible. Cette proposition se heurte à certaines difficultés : compatibilité avec la convention de Berne et surtout impact pour les auteurs numériques peu enclins aux formalités. En effet, l'exploitation commerciale et de possibles réappropriations de leurs productions par des acteurs commerciaux deviendraient possible en cas de défaut de leur part.

Dans une visée plus directement liée au numérique, Marco Ricolfi a proposé un mécanisme de *copyright 2.0*^{xviii}, selon lequel les œuvres seraient placées par défaut sous un régime similaire à une licence *Creative Commons*, sauf dans le cas où leur auteur déciderait d'opter pour l'ancien modèle de *copyright*. Pour éviter le risque mentionné plus haut d'exploitation commerciale indésirée avec possible réappropriation, la licence applicable par défaut pourrait être de type By-NC ou by-NC-SA, permettant les modifications mais soumettant les usages commerciaux à autorisation. Les deux approches (enregistrement de durée limitée et *copyright 2.0*) sont combinables, comme suggéré par Marco Ricolfi lui-même. Pour La Quadrature du Net l'adoption du *copyright 2.0* ne dispenserait pas de la reconnaissance du droit au partage non marchand entre individus, car celui-ci ne peut dépendre du bon

vouloir de quiconque, il résulte du simple fait d'avoir publié une œuvre dans la sphère numérique. Par contre, le *copyright* 2.0 réglerait élégamment la question des droits au remix (les droits de citation, parodie, etc. s'appliquant bien sûr même en cas d'option pour le *copyright* classique.) (cf infra p. 20).

C) Durée de protection : est-elle appropriée ?

20. Are the current terms of copyright protection still appropriate in the digital environment?
--

Les animateurs de La Quadrature du Net ont participé aux travaux du réseau Communia, ainsi qu'à l'élaboration du Manifeste pour le domaine public, dont nous approuvons les principes et recommandations^{xix}.

Ce texte indique notamment que « La durée de protection par le droit d'auteur doit être réduite. La durée excessive du droit d'auteur, combinée à l'absence de formalités réduit fortement l'accessibilité de notre savoir et notre culture partagés. De plus, cette durée excessive accroît le nombre des œuvres orphelines, œuvres qui ne sont ni sous le contrôle de leurs auteurs ni dans le domaine public, et ne peuvent être utilisées. Donc, la durée de protection par le droit d'auteur des nouvelles œuvres doit être réduite à un niveau plus raisonnable. »

Par ailleurs, le Manifeste de Communia affirme que « *La durée de protection par le droit d'auteur ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre un compromis raisonnable entre la protection et la rémunération des auteurs pour leur travail intellectuel et la sauvegarde de l'intérêt public en matière de diffusion de la culture et des connaissances. Que ce soit du point de vue de l'auteur ou de celui du public, aucun argument (qu'il soit historique, économique, social ou autre) ne peut être présenté pour défendre une durée excessive de protection. Certes, l'auteur doit pouvoir tirer les bénéfices de son travail intellectuel, mais le public le plus large ne doit pas être privé pendant une période trop longue des bénéfices de la liberté d'usage de ces œuvres. »*

À ce titre, il apparaît que la durée actuelle de protection du droit d'auteur est excessive dans l'Union européenne. Le passage de 50 ans à 70 ans après la mort de l'auteur a pour conséquence de continuer à bloquer l'utilisation d'un très grand nombre d'œuvres, sans justification économique et sans que l'allongement profite à l'immense majorité des créateurs. Un retour à une durée des droits d'auteur 50 ans *post mortem* au sein de l'Union européenne devrait sérieusement être envisagé, tout comme l'ouverture de travaux au niveau de l'OMPI pour une réduction de la durée plancher fixée par la Convention de Berne^{xx}. Il est également infiniment regrettable que l'Union européenne ait étendu les droits voisins des artistes interprètes et des producteurs d'enregistrements musicaux de 50 à 70 ans, alors que le réseau Communia s'était prononcé en défaveur d'un allongement. Ici encore, seule une très faible proportion d'artistes profitera réellement de cette augmentation de la durée de protection, tandis que les désavantages pour la société seront très forts (notamment en termes de multiplication des cas d'œuvres orphelines). Il serait dès lors inopportun de reproduire cette erreur à propos des droits voisins sur les œuvres audiovisuelles.

Nous recommandons donc une réduction de la durée de protection du droit d'auteur à une durée maximale de 30 ans après la première publication. Cette réduction pourrait s'effectuer de manière progressive (réduction d'un an par an écoulé) de façon à éviter toute expropriation de droits exclusifs. Rappelons que le terme de protection de 14 ans à l'origine dans le *Queen Anne Act* de 1709 était justifié par le fait que cette durée était suffisante pour assurer qu'un livre ait atteint son public dans cette durée. Que penser d'une durée plus de dix fois supérieure à l'ère numérique ?

Au-delà de la seule question de la durée excessive des droits, La Quadrature du Net considère que le domaine public devrait faire l'objet d'une protection explicite dans le droit communautaire, par le biais de l'introduction d'un statut positif dans la directive européenne sur le droit d'auteur. Face à l'extension continue depuis les trente dernières années de l'emprise des droits de propriété intellectuelle, des chercheurs et des juristes ont formulé le projet d'une reconnaissance par un statut positif du domaine public, des communs volontaires et des prérogatives essentielles des usagers (y compris les créateurs) à l'égard des œuvres^{xxi}.

Il s'agit de renverser ou tout au moins de rééquilibrer le rapport inégal qui fait que le domaine public est considéré au mieux comme un résidu ou un échec du marché, les communs comme un territoire qu'on n'a pas encore réussi à privatiser et les prérogatives des usagers comme une tolérance consentie parce qu'on n'avait pas encore trouvé les moyens de l'anéantir. Au contraire, il faudra, dès qu'un statut positif sera attribué à ces entités communes, envisager l'impact qu'aurait toute nouvelle disposition juridique ou politique sur leur périmètre, leur enrichissement, leur entretien et leur accessibilité effective.

Le « Manifeste pour le domaine public », produit par le réseau Communia, contient de nombreux principes qui pourraient servir de socle solide pour une consécration positive du domaine public. Une amorce de statut positif du domaine public existe déjà dans le cadre de la loi chilienne^{xxii}. Par ailleurs, un rapport dit « Lescure » remis au Ministère de la Culture en France en 2013 a suggéré d'introduire une telle définition positive dans la loi française pour « *renforcer la protection dans l'environnement numérique* », « *indiquer que les reproductions fidèles d'œuvres du domaine public appartiennent aussi au domaine public, et affirmer la prééminence du domaine public sur les droits connexes* »^{xxiii}.

Dans le même ordre d'idées, il est absolument anormal que les États membres au sein de l'Union conservent la faculté de créer librement de nouveaux droits voisins (droit voisin sur l'indexation des contenus de presse créé en 2013 en Allemagne, nouveau droit voisin au profit des producteurs de spectacles vivants envisagé actuellement en France, etc). Non seulement ces nouvelles exclusivités nuisent à l'harmonisation des droits, mais elles fragilisent d'autant le domaine public.

III. Limitations et exceptions au sein du Marché unique

21. *Are there problems arising from the fact that most limitations and exceptions provided in the EU copyright directives are optional for the Member States?*

Le fait de ne pas avoir rendu obligatoire pour les États membres l'adoption des exceptions listées dans la directive 2001/29/UE constitue une des limites les plus fortes à l'harmonisation du droit d'auteur au sein de l'Union européenne, provoquant des distorsions dans les facultés positives dont disposent les citoyens des différents pays de l'Union vis-à-vis de la culture et de la connaissance. Afin de remédier à cet état de fait, il importe en cas de révision de la directive sur le droit d'auteur de rendre obligatoire, a minima un ensemble d'exceptions considérées comme essentielles pour l'exercice des libertés fondamentales et pour le développement des pratiques culturelles : exceptions pour l'éducation et la recherche, pour les bibliothèques, archives et organismes aux missions similaires (y compris pour l'accès du public aux œuvres orphelines et leur réutilisation), exceptions pour les usages collectifs non marchands, exceptions de citation pour tous les médias, de parodie, etc. Cependant, l'harmonisation des exceptions ne doit pas empêcher l'expérimentation dans les États membres de nouvelles exceptions. Et tant que signataires de la Convention de Berne et des accords ADPIC, le droit leur est reconnu de le faire, même si ce droit est soumis aux contraintes du test en trois-étapes. L'expérimentation de politiques visant l'intérêt commun doit devenir une des sources d'adaptation du droit dans le contexte mouvant de l'univers numérique.

25. *What would be the best approach to provide for flexibility? (e.g. interpretation by national courts and the ECJ, periodic revisions of the directives, interpretations by the Commission, built-in flexibility, e.g. in the form of a fair-use or fair dealing provision / open norm, etc.)? Please explain indicating what would be the relative advantages and disadvantages of such an approach as well as its possible effects on the functioning of the Internal Market.*

Sans aller jusqu'à prôner l'introduction d'un mécanisme comme celui du *fair use* en Europe, La Quadrature du Net estime essentiel de renforcer le statut des exceptions au droit d'auteur au sein de l'Union européenne, qui est fragilisé par l'interprétation abusive donnée au test en trois étapes.

L'interprétation maximaliste donnée à ce test par certaines cours de justice a pu conduire à écarter purement et simplement l'application des exceptions, comme ce fut le cas pour la copie privée en France en 2006 dans la décision Mullholland Drive de la Cour de Cassation^{xxiv}.

Pour remédier à cet état de fait, La Quadrature du Net préconise qu'une interopération plus ouverte du test en trois étapes soit explicitement adoptée dans la

réglementation européenne, comme une partie de la doctrine juridique européenne l'envisage^{xxv}. Mieux encore en cas de révision, la directive européenne sur le droit d'auteur pourrait rappeler que le test en trois étapes énonce des directives générales s'adressant aux législateurs des États européens et non des principes directement applicables par les tribunaux, pouvant être revendiqués par les titulaires de droits.

A) Accès aux contenus dans les bibliothèques et les archives

La Quadrature du Net considère que les bibliothèques et les archives ont un rôle essentiel à jouer dans la diffusion de la connaissance et du savoir, qui devrait pouvoir s'épanouir et non régresser dans l'environnement numérique. Des exceptions spécifiques et obligatoires devraient être mises en place pour permettre à ces établissements culturels de donner accès à des œuvres protégées dans des conditions satisfaisantes. À cette fin, La Quadrature du Net propose deux types de modifications de la réglementation européenne :

- Mise à disposition des œuvres orphelines par les bibliothèques, archives et le public sans frais pour les usagers et autorisant des usages larges.
- Libertés des usages collectifs non-marchands.

À ce titre, La Quadrature du Net déplore que l'Union européenne se soit prononcée en janvier 2014^{xxvi} contre l'adoption d'un traité dans le cadre de l'OMPI consacré aux exceptions en faveur des bibliothèques et des archives, pour privilégier l'approche par le biais de simples licences, qui ne saurait constituer une solution adéquate.

1) Mise à disposition des œuvres orphelines par les bibliothèques, archives et le public sans frais pour les usagers et autorisant des usages larges

Depuis des années, on sait quelle est la bonne solution pour rendre au patrimoine commun les innombrables œuvres orphelines (celles dont les auteurs ou autres détenteurs de droits ne sont pas connus ou ne peuvent être contactés). Il suffit de donner aux bibliothèques et archives, mais aussi à tout type d'acteur qui se le donne pour mission, la liberté de les rendre accessibles à tous. Cette mise à disposition offrirait à chacun la possibilité d'y accéder et d'en faire usage au moins non marchand et serait aisément combinable avec la possibilité d'exploitation commerciale pour des rééditions. Ce régime ne reposerait sur aucun paiement par les usagers mais pourrait être associé à un fonds de garantie (*a priori* abondé par l'État ou par des ressources parafiscales) qui protégerait les usagers des risques de réapparition d'ayants-droit (en général des éditeurs ou héritiers de droits). Les usagers ne seraient en aucun cas redevables de dédommagements pour des usages antérieurs à la réapparition d'ayants-droit. Les pays scandinaves ont mis en place des systèmes qui se rapprochent de cette solution, et la légalité de l'approche au regard du droit européen ne fait pas de doute^{xxvii}.

La directive européenne 2012/28/UE relative à certains usages des œuvres orphelines^{xxviii} en cours de délibération législative institue un régime imparfait en la

matière mais qui au moins s'efforce de créer une possibilité de mise à disposition des œuvres orphelines par les bibliothèques et archives. Les défauts du texte actuel sont nombreux. Il impose une « recherche diligente » pour qu'un usager puisse considérer qu'une œuvre est orpheline. Cela introduit une incertitude juridique importante, et un risque que des institutions comme les bibliothèques (souvent adverses au risque) s'abstiennent d'user de leurs droits. Il met en place des compensations pour les usages des œuvres avant réapparition d'ayants-droit. Cela risque de provoquer des comportements d'embuscade de la part d'ayants-droit laissant se développer les usages pour mieux demander dédommagement ensuite. Il liste limitativement les usages permis, en y incluant des usages qui ne sont pas couverts par le droit d'auteur (indexation et catalogue). Enfin, la liste des bénéficiaires est restreinte.

Malgré tous ces défauts, le texte européen est infiniment préférable à la loi française sur les livres indisponibles^{xxix} du 20^{ème} siècle, qui ne crée que des droits d'exploitation commerciale, spolie les auteurs en ne leur laissant qu'une possibilité d'*opt-out* et prive le public de la disponibilité des œuvres. Les œuvres orphelines relèvent d'un tout autre traitement que les œuvres indisponibles. Pour ces dernières, c'est aux auteurs qu'il faut donner du pouvoir, par le contrat séparé et à durée déterminée pour l'édition numérique et par le retour systématique des droits aux auteurs dans le cadre de l'édition papier.

La Quadrature du Net met en garde la Commission contre la tentation d'appliquer le système mis en place dans le cadre de la loi française à l'ensemble des pays européens, comme le gouvernement français semble vouloir l'y pousser. D'autres solutions plus respectueuses à la fois des droits des auteurs et de ceux du public peuvent être trouvées, comme par exemple la Norvège en a apporté la preuve en offrant un accès gratuit à l'ensemble de sa littérature publiée avant 2001^{xxx}. Enfin, il est très regrettable que la directive affirme être « sans préjudice » des dispositions existant dans les États membres pour les gestion des œuvres indisponibles. Cela semble autoriser le traitement des œuvres orphelines selon les mécanismes prévus, par exemple, dans la Loi française sur les œuvres indisponibles^{xxxi}, ce qui prive le public d'un accès libre à ces contenus. Les dispositions de cette loi sont extrêmement défavorables aux droits des auteurs et du public, pour le seul profit de certains éditeurs.

2) Libertés pour les usages collectifs non marchands

À côté des usages non marchands entre individus, il existe des usages collectifs non marchands, qui jouent un rôle essentiel pour l'accès à la connaissance et pour la vie culturelle, notamment dans le cadre de l'activité d'établissements comme les bibliothèques, les musées ou les archives. Ces usages recouvrent la représentation gratuite d'œuvres protégées dans des lieux accessibles au public ; l'usage d'œuvres protégées en ligne par des personnes morales sans but lucratif ; la fourniture de moyens de reproduction à des usagers par des institutions hors cadre commercial ; et l'accès à des ressources numérisées détenues par les bibliothèques et archives.

À l'heure actuelle, ces usages collectifs s'exercent dans des cadres juridiques contraints, hétérogènes et inadaptés aux pratiques. Le préjugé non étayé selon lequel, dans l'environnement numérique, les usages collectifs nuiraient aux ventes aux particuliers ouvre un risque non négligeable que les titulaires de droits utilisent leurs prérogatives pour priver les bibliothèques de la possibilité de fournir des contenus

numériques à leurs usagers. Dans un contexte où les échanges non marchands entre individus seraient légalisés, il serait pourtant paradoxal que les usages collectifs ne soient pas garantis et étendus.

À cette fin, les mesures suivantes doivent être mises en place :

- Représentation sans finalité commerciale d'œuvres protégées dans des lieux accessibles au public : création d'une exception sans compensation, en transformant l'exception de représentation gratuite dans le cercle familial en une exception de représentation en public, hors-cadre commercial.
- Usages en ligne non marchands d'œuvres protégées : les personnes morales agissant sans but lucratif doivent pouvoir bénéficier des mêmes possibilités que celles consacrées au profit des individus dans le cadre des échanges non marchands.
- Fourniture de moyens de reproduction, y compris numériques, par des établissements accessibles au public à leurs usagers : ces usages doivent être assimilés à des copies privées, y compris en cas de transmission des reproductions à distance.

Enfin se pose la question importante du rôle des bibliothèques dans la mise à disposition (hors prêt de dispositifs de lecture) de versions numériques des œuvres sous droits et non-orphelines. Tout un éventail de solutions est envisageable depuis la situation où les bibliothèques deviendraient la source d'une copie de référence numérique de ces œuvres accessible à tous jusqu'à une exception pour leur communication donnant lieu à compensation.

B) Éducation, Recherche et Accès aux œuvres pour les personnes handicapées

Le numérique transforme profondément les pratiques éducatives et de recherche. Prenons l'exemple des pratiques éducatives. Trois transformations majeures y sont à l'œuvre : elles ne se laissent plus enfermer dans les seuls établissements d'enseignement ; la notion de « ressources éducatives » n'a plus de validité, puisque les pratiques éducatives ont vocation à s'emparer de toute œuvre, de toute information ; et, enfin, l'élève ou étudiant est de plus en plus auteur ou producteur de contenus et non plus seulement usager de contenus préexistants. L'approche actuelle d'exceptions facultatives, limitées et hétérogènes pour les usages éducatifs des œuvres est si inadaptée que la Commission européenne a elle-même envisagé dans son Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance^{xxxii} de rendre obligatoire et d'élargir le champ des exceptions éducatives^{xxxiii}.

Il n'y a pas de société digne de ce nom sans des droits d'usage étendus s'appliquant partout pour l'éducation et la recherche qui respectent les principes suivants :

- Les droits d'usage définis par ces exceptions doivent s'étendre à l'ensemble des pratiques éducatives ou de recherche, indépendamment du cadre dans lequel elles s'effectuent. Ainsi l'exception pour l'éducation ne saurait être limitée aux établissements d'enseignement, ou au fait que le public concerné ait un statut d'élève ou d'étudiant. L'éducation populaire sous toutes ses formes doit être concernée, de même que tous les ateliers de pratiques culturelles et artistiques, ainsi bien sûr que les pratiques éducatives dans les musées et bibliothèques. Cependant les pratiques éducatives (par exemple) doivent rester bien distinctes d'autres types d'usage par la nature et les buts des activités, et à travers la distribution des rôles entre enseignants, éducateurs, médiateurs ou tuteurs d'une part et participants d'autre part. Les pratiques de recherche doivent rester définies par leur nature et leur buts, comme c'est ou cela devrait être le cas pour les crédits d'impôt recherche.
- Les exceptions doivent porter sur toute œuvre protégée. Nul n'a qualité pour décider d'avance quelle œuvre ou quel contenu peut faire sens dans une pratique éducative. Quant à l'exclusion de l'exception des contenus pédagogiques édités existant dans certains pays comme la France, elle ferait rire si ce n'était pas le signe d'un pouvoir aberrant de lobbies sur les politiques publiques.
- Les exceptions pour l'éducation et la recherche ne doivent pas faire l'objet de compensations financières par les usagers. Chaque auteur sait qu'il n'est pas d'usage plus porteur de reconnaissance et à terme de rémunération que d'avoir ses œuvres utilisées dans l'éducation, par exemple.
- Enfin, les exceptions et la reconnaissance des droits d'auteur ne doivent pas traiter les productions des élèves, étudiants ou participants, différemment de celles de tous les autres auteurs. La notion de contenu généré par les utilisateurs est une fiction inventée par des intermédiaires qui veulent la liberté d'usage et d'appropriation pour eux et aucun droit pour les auteurs.

D'autres types d'exceptions comme celle pour les aveugles et mal-voyants, à présent codifiée par le Traité adopté dans le cadre de l'OMPI à Marrakesh en juin 2013^{xxxiv}, doivent recevoir le même traitement : elles doivent non seulement être obligatoires mais être définies de façon suffisamment effective et large pour garantir l'accès aux usages visés (lecture et écriture dans ce cas).

Eu égard à l'importance des activités liées à l'éducation, à la recherche et à l'accès à la culture pour les personnes handicapées, il importe que les exceptions aménagées en leur faveur restent entièrement gratuites. Concernant l'éducation et la recherche, le Canada a voté en octobre 2011 une exception large et pour l'essentiel gratuite, qui pourrait servir d'inspiration en Europe^{xxxv}.

C) *Text et data mining*

55. *If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities should be covered and under what conditions?*

Les activités de *Text et Data Mining* constituent des opportunités majeures pour la recherche, aussi bien dans le domaine des sciences dures que pour les Humanités numériques actuellement en plein essor. Le *Text et Data Mining* a fait l'objet d'un groupe de travail lors du processus « *Licences for Europe* » qui s'est soldé par un échec. Les représentants des bibliothèques et des chercheurs ont en effet considéré que l'approche par la voie contractuelle n'était pas adéquate, s'agissant de pratiques qui doivent pouvoir s'exercer de manière autonome dans un cadre juridique sécurisé.

Le *Text* et le *Data Mining* constituent le prolongement automatisé de pratiques anciennes de traitement de l'information, opérées par les chercheurs (indexation, référencement, repérage des occurrences, etc). Il n'y a pas de raison que ce qui était libre dans l'environnement analogique devienne soumis au droit d'auteur lors du passage au numérique, sauf à brider drastiquement l'innovation et le développement de la recherche en Europe.

La Quadrature du Net rejoint à ce titre l'analyse faite par les représentants des bibliothèques pour qui le *Text et Data Mining* devrait être couvert par « le droit de lire »^{xxxvi}, au moins pour les activités de recherche, ce qui signifie que le « droit de fouiller » devrait être automatiquement acquis avec le « droit de lire », sans nécessité de clauses contractuelles supplémentaires. Pour ce faire, on peut imaginer 1) soit considérer que ces pratiques relèvent de la sphère de l'épuisement des droits et qu'elles sont complètement libres, 2) soit introduire une nouvelle exception dans la réglementation européenne, applicable au *data mining* effectué à des fins de recherche, y compris lorsqu'il est nécessaire de réaliser pour cela des copies des corpus analysés. Cette exception devrait couvrir à la fois le droit d'auteur et le droit des bases données.

À défaut, l'Union européenne prendrait un retard sévère sur les États-Unis, où des décisions récentes rendues sur la base du *fair use* ont donné une assise juridique solide aux pratiques de *Text et data mining* (voir notamment la décision rendue dans l'affaire Google Books par le juge Chin qui considère que le *text et Data Mining* constitue un usage transformatif des œuvres conforme aux critères du *fair use*^{xxxvii}).

D) Contenus Générés par les Utilisateurs (User-generated content)

62. If your view is that a legislative solution is needed, what would be its main elements? Which activities should be covered and under what conditions?

La Quadrature du net était membre du groupe de travail (WG2) qui s'est réuni dans le cadre du processus « *Licences for Europe* » consacré à la question des *User Generated Content*^{xxxviii}. L'orientation de ces travaux était d'emblée critiquable, dans la mesure où elle postulait que les solutions contractuelles étaient suffisantes pour régler les questions soulevées par les pratiques transformatives que sont le remix, le *mashup* ou les détournements^{xxxix}. En accord avec d'autres représentants des utilisateurs et de la société civile, La Quadrature du Net a également dénoncé la présence de lobbies déguisés au sein de ce groupe de travail, ce qui contribuait à jeter le discrédit sur le processus « *Licences for Europe* ».

La Quadrature du Net considère que ces pratiques constituent l'un des aspects les plus intéressants et les plus importants du développement de la culture numérique. La réglementation sur le droit d'auteur doit être adaptée pour permettre que ces pratiques s'épanouissent dans un cadre juridique sécurisé. Les dispositifs contractuels n'offrent de ce point que des pistes de solutions insatisfaisantes, quand ils ne présentent pas de véritables risques pour la liberté d'expression ou de création en ligne. Le système ContentID mis en place par Google sur YouTube par exemple provoque fréquemment le retrait de vidéos de type *mashup* ou remix, alors même qu'ils peuvent être couverts par l'exception de parodie inscrite dans plusieurs législations nationales en Europe. C'est ce qui est d'ailleurs arrivé pour l'une des vidéos (Robocopyright ACTA) mise en ligne par La Quadrature du Net sur YouTube, suite à une demande de la MGM alors qu'elle constituait incontestablement une parodie. Ces systèmes contractuels tendent à s'ériger en des formes de « police privée du droit d'auteur », là où les juges devraient être les seuls à pouvoir exiger le retrait d'un contenu en ligne pour violation du droit d'auteur^{xl}.

La Quadrature du Net déplore que la Commission privilégie encore nettement les solutions contractuelles dans les questions posées par la consultation. Elle regrette également que la Commission continue à employer l'expression fautive d'*User Generated Content* pour parler des pratiques de remix, de *mashup* ou de détournement. Ces créations « transformatives » constituent des œuvres originales à part entière, quand bien même elles empruntent à des œuvres pré-existantes. Parler d'*User Generated Content* constitue une façon d'introduire une hiérarchie et un jugement de valeur entre les « utilisateurs » amateurs et les auteurs « professionnels », alors que ces distinctions n'existent pas dans le droit d'auteur et n'ont nulle raison d'être dans l'environnement numérique.

Pour ces raisons, La Quadrature du Net estime qu'un changement de la réglementation européenne est nécessaire en ce qui concerne les usages transformatifs. C'est déjà l'approche qui a été retenue par le Canada, qui constitue le premier pays au Monde à avoir introduit dans sa loi en 2011 une exception en faveur

des remix réalisés dans un but non commercial^{xii}. Une telle exception est également envisagée en France suite aux recommandations du Rapport Lescure remis en 2013 au Ministère de la Culture qui a confié à une mission le soin d'en déterminer les contours^{xiii}. Une exception est également à l'étude en Irlande suite à la remise du rapport « *Modernising Copyright* »^{xiiii}.

Dans le cadre d'une révision de la directive de 2001, plusieurs solutions seraient envisageables pour conférer une meilleure assise juridique aux pratiques transformatives. L'exception prévue à des fins de citation est déjà définie de manière suffisamment large pour pouvoir couvrir une partie importante des pratiques de type remix ou *mashup* (l'exception s'applique à tous les types de média ; elle n'implique pas que les citations soient « courtes » mais « proportionnées au but poursuivi »), mais seulement à condition que les États membres la transposent sans la restreindre (comme c'est le cas en France par exemple). L'exception de parodie est également applicable, bien que toutes les pratiques transformatives n'aient pas un but de parodie. Une exception *ad hoc*, à l'image de celle qui existe au Canada, pourrait être ajoutée en la limitant à la réalisation d'œuvres dérivées dans un cadre non-commercial. Ainsi définie, une telle exception devrait être gratuite, les pratiques transformatives étant fortement liées à la liberté d'expression et au droit à participer à la vie culturelle.

Néanmoins, La Quadrature du Net estime que la solution la plus cohérente consisterait à combiner deux dispositifs :

- Dans la sphère non marchande, les pratiques transformatives devraient être légalisées comme le partage des œuvres sur la base de l'épuisement des droits. Le droit au *mashup* et au remix serait alors un corollaire inséparable du droit au partage non marchand des œuvres entre individus. Au sein de ce périmètre, l'usage transformatif des œuvres serait libre et gratuit, sous réserve d'attribuer la paternité des œuvres réutilisées aux créateurs originaux.
- Les créations transformatives satisfaisant le critère d'originalité du *copyright* devraient être autorisées y compris en ce qui concerne les usages commerciaux, par le biais d'une exception spécifique ou d'extensions d'exceptions existantes.

E) Copie privée et reprographie

64. In your view, is there a need to clarify at the EU level the scope and application of the private copying and reprography exceptions¹ in the digital environment?

Dans une très large mesure, l'exception de copie privée n'a pas rempli le rôle régulateur qui aurait pu être le sien dans l'environnement numérique. Au sein de plusieurs États membres, les juridictions saisies des premières affaires relatives au téléchargement d'œuvres protégées en ligne ont été tentées de considérer que ces

¹ Art. 5.2(a) and 5.2(b) of Directive 2001/29/EC.

actes étaient couverts par l'exception de copie privée. Ce fut le cas en France au niveau des juridictions de premier ressort dans les années 2000^{xliv}. C'est aussi le cas en Espagne où le téléchargement d'œuvres protégées en P2P a été considéré par les juges comme relevant de l'exercice de la copie privée^{xlv}. En 2012, les députés néerlandais ont refusé d'interdire le téléchargement d'œuvres protégées estimant qu'il était assimilable à la copie privée, à condition qu'il soit couvert par une « *taxe de copie à la maison*^{xlvi} ». En 2005 en France, le législateur avait un temps envisagé à l'occasion de la transposition de la directive de 2001 dans la loi nationale de légaliser le partage des œuvres sur la base de l'exception de copie privée, couplée à un mécanisme de compensation financière sous la forme d'un surcoût mensuel à l'abonnement Internet (système de licence globale^{xlvii})

Il existe donc une possibilité de légaliser le téléchargement des œuvres en ligne par le biais de l'exception de copie privée. Néanmoins, cette solution serait sans doute insatisfaisante dans la mesure où elle permet de légaliser le téléchargement (*download*), mais pas la mise à disposition des fichiers via les réseaux P2P ou le protocole BitTorrent (*upload*). C'est la raison pour laquelle La Quadrature du Net préconise plutôt de légaliser le partage en ligne des œuvres (*download*, *upload* et autres formes de mise à disposition) dans la mesure où il s'effectue entre individus et dans un cadre non marchand.

Par ailleurs, l'un des défauts de l'exception de copie privée réside dans le fait que l'usage des œuvres est assimilé à un préjudice, alors que dans le cadre du partage, aucune étude n'est parvenue à démontrer qu'il induisait un préjudice pour les industries culturelles^{xlviii}. Une question préjudicielle a été posée récemment^{xlix} à la Cour de Justice de l'Union Européenne pour savoir si la copie privée devait forcément être réalisée à partir de « sources licites ». L'ajout de ce critère qui est devenu la règle en France depuis une modification du régime de la copie privée en décembre 2011 a été introduit sous pression de groupes d'intérêt pour fermer la porte à la possibilité d'une légalisation du téléchargement d'œuvres protégées sur la base de la copie privée. La Quadrature du Net s'est opposée à cette évolution dans la mesure où elle fait peser une très forte insécurité juridique sur les utilisateurs chargés de vérifier la licéité de leurs sources, alors que celle-ci peut être très difficile à déterminer sur Internet^l.

Une révision de la directive de 2001 devrait à tout le moins clarifier le régime de la copie privée pour écarter ce critère de la « source licite » qui fragilise les droits du public, même si la légalisation du partage s'opérera de manière plus complète sur la base de l'épuisement des droits.

66. How would changes in levies with respect to the application to online services (e.g. services based on cloud computing allowing, for instance, users to have copies on different devices) impact the development and functioning of new business models on the one hand and rightholders' revenue on the other?

La proposition portée par La Quadrature du Net de légalisation des échanges non marchands sur la base de l'épuisement des droits définit le partage entre individus comme toute transmission d'un fichier (par échange de supports, mise à disposition sur un blog ou sur un réseau pair à pair, envoi par email, etc.) d'un lieu de

stockage « appartenant à l'individu » ou « placé sous le contrôle souverain de l'individu » à un lieu de stockage « appartenant à un autre individu ». Comme dit plus haut, « Appartenant à l'individu » est évident quand il s'agit d'un ordinateur personnel, d'un disque personnel ou d'un appareil mobile. Mais cette notion recouvre aussi un espace de stockage sur un serveur, lorsque le contrôle de cet espace appartient à l'utilisateur et à lui seul (espace d'un abonné d'un fournisseur d'accès sur les serveurs de ce FAI, hébergement *cloud* si le fournisseur n'a pas de contrôle sur le contenu de cet hébergement). Dès lors, il apparaît qu'il serait incohérent de soumettre les systèmes de stockage en ligne de contenus à la redevance pour copie privée.

Devant la baisse constatée du produit de la redevance pour copie privée, résultant du fait que les copies sur supports physiques reculent aujourd'hui par rapport aux accès en *streaming* ou au stockage en ligne, certains proposent d'instaurer de nouvelles taxes, par exemple sur les appareils connectés ou sur les « écrans ». De telles propositions ressortent par exemple du rapport « Lescure » remis au Ministère de la Culture en 2013. La Quadrature du Net estime que ces nouveaux prélèvements imposés aux consommateurs ne sont pas légitimes dans la mesure où ils ne s'accompagnent pas de la reconnaissance de nouveaux droits. Dans la mesure où il n'a jamais pu être démontré que le partage des œuvres était constitutif d'un préjudice pour les titulaires de droits, l'accumulation de redevances n'est pas légitime. La Quadrature du Net recommande de son côté de mettre en place des financements mutualisés pour la création, en les découplant nettement de la notion de préjudice causé (cf infra p. XXXI).

IV. Juste rémunération pour les auteurs et pour les artistes :

72. What is the best mechanism (or combination of mechanisms) to ensure that you receive an adequate remuneration for the exploitation of your works and performances?

La croissance soutenue du nombre de créateurs et d'œuvres produites, croissance qu'on observe à tous les niveaux de compétence ou de qualité, soulève des défis sans précédents pour la soutenabilité des pratiques créatives. Le temps de réception ou d'attention, lui, ne croît pas dans les mêmes proportions : seule la croissance démographique et la libération du temps des individus sont susceptibles de lui permettre de croître, alors que d'autres facteurs (diversification des médias, investissement des individus dans la création) le réduisent. Il en résulte mécaniquement que le public moyen ou le temps d'attention moyen porté à une œuvre diminue progressivement, jusqu'à ce qu'un nouvel équilibre s'établisse entre production et réception^{li}. Cette situation entraînera nécessairement des modifications de nature des ressources qui peuvent être collectées par différents canaux et de leurs contributions relatives au financement et aux revenus des activités créatives. Tout cela se passe alors que l'importance attachée aux activités créatives et expressives ne cesse de croître, en proportion de l'investissement croissant des individus dans ces activités. La volonté d'une grande proportion des citoyens de contribuer à leur soutenabilité est certaine^{lii}. Cependant, traduire cette volonté de contribution en réalité suppose de prendre en compte le rejet croissant de la capture des revenus par

des distributeurs, des investisseurs financiers ou des acteurs institutionnels sans valeur ajoutée pour la création vivante.

Sur quels mécanismes pouvons-nous donc nous appuyer pour assurer la soutenabilité de la culture numérique dans le contexte résumé ci-dessus ? Le tableau qui suit essaye de résumer les qualités de divers mécanismes (leur contribution possible en part relative de l'ensemble des ressources), leur capacité de s'étendre à une diversité plus grande de créateurs et d'œuvres, et leur contribution possible aux mécanismes de détection et de promotion de leur intérêt.

Source	Évolution probable de la part des ressources globales	Diversité possible de répartition
Salariat et statuts publics	↓ ou =	Répartition large
Financements publics	↓ ou =	Diversité dépend des politiques
Ressources parafiscales à gestion curatoriale	↓ ou =	Ex : ressources du CNC, SOFICA, partie création/diffusion copie privée, diversité limitée
Obligations production TV	↓	Diversité limitée
Revenus de pure vente et location de contenus aux consommateurs	↓ ou =	Diversité variable selon organisation des marchés
Services d'intermédiation à financement publicitaire	↑ ou =	Moteurs de recherche, réseaux sociaux, concentré sur audiences élevées
Médiation culturelle	?	Ressources limitées mais essentiel à la reconnaissance de la qualité dans un univers sans filtres préalables
Revenus de licences commerciales	=	Diversité limitée mais extensible
Revenus de services humains	↑	Ex : enseignement privé, concerts, projection en salle, conférences, etc. Diversité forte pour enseignement, dépend organisation marchés pour spectacle vivant et projection en salles
Mutualisation volontaire	↑	Coopératives, financement participatif, abonnements de soutien : diversité réelle mais limitée par acteurs dominants et capacité à attirer donateurs
Mutualisation à l'échelle des sociétés	= ou ↑	Contribution créative, revenu minimum d'existence inconditionnel, grande diversité possible mais incertitude sur l'existence des dispositifs

Certains statuts comme les formes de salariat liées à l'enseignement et la recherche au sens large jouent déjà un rôle clé dans l'existence d'une culture diverse, y compris dans la sphère numérique. Leur survie est menacée et mérite toute notre attention. Au-delà, trois mécanismes ont le potentiel de contribuer significativement à la soutenabilité d'une société culturelle de beaucoup vers tous. Tous relèvent de la mutualisation, mais dans des formes très différentes : la mutualisation coopérative volontaire, la mutualisation organisée par la loi mais gérée par ceux qui y contribuent et le revenu minimum d'existence. Ces mécanismes ne doivent pas être confondus avec les prélèvements parafiscaux à gestion curatoriale qui se sont multipliés et qui pour certains suscitent un refus croissant et des critiques fortes sur leur gouvernance.

La mutualisation coopérative (coopératives d'auteurs et d'artistes, structures de production et d'édition coopératives, financement participatif de type Kickstarter, Kisskissbankbank, Ulule, etc.) se développe de façon impressionnante. Elle joue d'ores et déjà un rôle clé pour fédérer des efforts au sein de communautés créatives ou pour rassembler des ressources sur des projets potentiellement « orphelins » (par exemple documentaires, reportages d'investigation, logiciels utiles mais sans modèle commercial initial, etc.). On peut considérer que les coopératives d'auteurs et d'artistes et les structures éditoriales liées sont le modèle privilégié d'existence des communautés créatives numériques. Il est urgent et important de les doter d'un environnement fiscal ou réglementaire plus favorable. Les intermédiaires de financement participatifs peuvent-ils parvenir à mobiliser des ressources à très grande échelle ? Il existe des doutes sur leur capacité à passer à une échelle beaucoup plus large, que ce soit par multiplication des projets ou par croissance de certains intermédiaires. Ces doutes proviennent du fait que seuls les acteurs de financement participatif dominants peuvent attirer des donateurs nombreux, et que ces acteurs n'offrent qu'une surface très limitée de présentation de projets. Les projets non promus à la une ne peuvent compter que sur leurs réseaux préétablis.

La mutualisation organisée par la loi (avec contribution obligatoire) est d'une nature fondamentalement différente de l'impôt et des mécanismes parafiscaux à gestion publique ou curatoriale (redevance audiovisuelle, avance sur recettes, part destinée à la création ou la diffusion des sommes collectées sur les supports vierges, etc). Dans la mutualisation à l'échelle d'une société, l'ensemble de l'affectation de sommes collectées est dans les mains des contributeurs. Dans la contribution créative soutenue par La Quadrature du Net et diverses coalitions d'acteurs culturels et de société, les sommes collectées sont destinées :

- au soutien de projets (production d'œuvres ou montage de projets) et organisations (coopératives, acteurs de médiation culturelle),
- à la rémunération des contributeurs aux œuvres ayant fait l'objet d'un partage non marchand.

Dans le premier cas, les sommes sont affectées sur la base des préférences exprimées par les contributeurs, dans le second sur la base de données accumulées par des usagers volontaires sur leurs usages non marchands dans la sphère publique (partage pair à pair, recommandation, mise en ligne sur des blogs, etc.). La contribution est forfaitaire et de l'ordre de 5 € par mois par foyer dans les pays développés. Ces sommes limitées (4% de la consommation culturelle des ménages) n'ont évidemment pas pour but de se substituer à l'ensemble des ressources listées

plus haut, mais bien de fournir une source complémentaire particulièrement adaptée à la culture numérique et son très grand nombre de contributeurs.

Ces limitations ont conduit depuis longtemps de nombreux acteurs à défendre un mécanisme dont les motivations dépassent de loin le domaine culturel, mais qui pourrait jouer un rôle clé dans celui-ci : le revenu minimum d'existence inconditionnel. Appelé aussi revenu de vie, revenu de citoyenneté, revenu de base, il s'agirait d'une somme suffisant à la subsistance et à l'existence sociale, perçue sans aucune condition par tout adulte dans une certaine zone géopolitique ou de citoyenneté. Chacun allouerait alors le temps ainsi libéré soit à la poursuite d'un travail lui assurant des ressources supplémentaires, soit à des activités librement choisies dans la sphère non marchande.

Les trois mécanismes qui viennent d'être décrits sont trois formes de compromis entre facilité de mise en œuvre et ampleur des résultats. Ils se différencient aussi par le caractère plus ou moins spécialisé ou généraliste. La Quadrature du Net juge la contribution créative particulièrement pertinente pour la période qui s'ouvre : elle peut soutenir la mutualisation coopérative et préparer le terrain pour des mécanismes plus généraux. Divers acteurs de société ont des points de vue différents. Les politiques publiques ont le devoir d'explorer la façon dont ils pourraient mettre en place ou favoriser chacun de ces mécanismes.

73. *Is there a need to act at the EU level (for instance to prohibit certain clauses in contracts)?*

Il faut absolument défendre les droits des auteurs et des autres contributeurs aux activités créatives contre ce que sont devenus le droit d'auteur et le *copyright*. À l'ère numérique, il est nécessaire d'imposer des conditions d'équité à l'égard des auteurs et contributeurs comme à l'égard du public non seulement pour l'édition commerciale mais également pour la distribution commerciale. Les bases de ces conditions d'équité à inscrire dans la loi des contrats seraient :

- L'obligation d'un contrat séparé pour les droits numériques, d'une durée limitée correspondant à la réalité de l'évolution des technologies et usages numériques.
- Dans le cas d'une édition mixte (papier ou autre support et numérique), la règle d'un retour systématique à l'auteur ou aux contributeurs des droits dès que l'une de ces deux modalités n'est plus disponible (avec un bref délai après demande de l'auteur, 6 mois par exemple). En effet, il n'est pas acceptable que la simple disponibilité d'une version numérique puisse donner à l'éditeur la possibilité de rendre indéfiniment indisponible une œuvre sur support papier ou autre.
- L'interdiction aux plateformes de distribution d'imposer dans leurs contrats des termes qui empêchent la distribution non marchande des œuvres par leurs auteurs.
- L'établissement de niveaux minimaux de rémunération pour les auteurs et contributeurs dans les exploitations commerciales numériques qui prennent en compte les coûts fortement réduits de l'édition numérique.

Plusieurs évolutions récemment ont eu lieu en France qui ne respectent pas ces principes, avec pour effet de spolier les auteurs tout en restreignant les droits du public qui apprécie les œuvres.

Une loi sur les livres indisponibles du 20^{ème} siècle a été adoptée par le Parlement français le 1^{er} mars 2012^{lii}. Elle met en place un système de gestion collective obligatoire pour les auteurs et éditeurs ne manifestant par leur refus explicitement (*opt-out*) six mois après l'inscription des œuvres dans une base de données gérées par la Bibliothèque nationale de France (ReLIRE^{liv}). Cette loi repose en effet sur le refus de toute forme d'accès non marchand, la focalisation sur la seule exploitation commerciale qui est soumise à une gestion collective confiée à une société contrôlée par les éditeurs. Les auteurs n'ont que l'option de refuser d'entrer dans le système. Quant au public, il est privé de toute forme de diffusion non marchande de ces œuvres. Concernant les œuvres orphelines, nombreuses parmi les livres du 20^{ème} siècle, ce dispositif de la loi française est susceptible de prévaloir sur celui mis en place par la directive 2012/28/EU relative à certains usages des œuvres orphelines, qui ouvre une possibilité de mise à disposition d'œuvres orphelines sous forme numérique par les bibliothèques, musées et archives dans un cadre non-marchand (directive non encore transposée en France). La France entend pousser ce système de gestion collective au niveau européen, ce qui serait préjudiciable à la fois aux droits des auteurs et à ceux du public.

Suite à un accord intervenu entre les représentants des auteurs et ceux des éditeurs^{lv}, la France s'apprête également à modifier par voie d'ordonnance sa loi relative aux contrats d'édition afin de l'adapter au contexte de l'édition numérique. Les modifications envisagées restent très en deçà des propositions énoncées ci-dessus en terme de protection des auteurs et de possibilité pour eux d'autoriser les usages non-marchands de leurs créations. Pour ces raisons, il paraît important que la législation européenne fixe des garanties au niveau supranational concernant les clauses à prohiber dans les contrats d'édition.

En ce qui concerne le cas particulier des auteurs universitaires ou académiques, il paraît également important que les contrats d'édition signés avec les éditeurs scientifiques ne puissent avoir pour effet d'empêcher les chercheurs de déposer leurs productions dans des archives ouvertes, même en cas de cession des droits. La loi sur le Libre Accès votée en 2013 en Allemagne pourrait servir d'exemple pour une réforme de la réglementation européenne^{lvi}.

V. Respect des droits

75. *Should the civil enforcement system in the EU be rendered more efficient for infringements of copyright committed with a commercial purpose?*

La notion de sanction pour « complicité » à des « infractions à échelle commerciale » constituait l'un des points les plus critiquables de l'accord ACTA, rejeté par le Parlement européen en juillet 2012. La Quadrature du Net avait alerté sur le fait que de telles dispositions constitueraient un frein à l'innovation, en créant des outils juridiques menaçant n'importe quel acteur d'Internet. Des pratiques sociales répandues, telles que le partage de fichiers entre individus et hors-marché, l'édition de contenus sur un site d'information populaire ou la distribution d'outils de diffusion innovants, auraient pu être interprétées comme « des infractions à échelle commerciale ». Les fournisseurs d'accès, de service ou d'hébergement auraient été victimes d'une insécurité juridique importante, les rendant vulnérables aux attaques des industries du divertissement. Ils auraient été forcés d'instaurer des mesures de censure, compromettant l'Internet libre. Par ailleurs, « l'échelle commerciale » était définie de manière très large comme « un avantage économique ou commercial direct ou indirect », ce qui la rendait dangereusement sujette à interprétations, puisqu'elle ne fait pas de distinction entre les infractions commerciales et celles sans but lucratif.

Il est choquant, malgré le rejet massif dont a fait l'objet l'accord ACTA de voir la Commission européenne ouvrir à nouveau la porte à la réintroduction de telles dispositions, par le biais de cette question. La Quadrature du net ne soutient bien entendu pas la contrefaçon commerciale de contenus culturels, mais elle considère que la meilleure façon de lutter contre elle ne consiste pas à renforcer les sanctions en vigueur, mais à légaliser le partage d'œuvres entre individus sans but de profit par le biais de dispositifs décentralisés. L'apparition et le développement à grande échelle de plateformes centralisées de partage et d'accès aux œuvres, souvent payantes (type DirectDownload ou *Streaming*), est en réalité une conséquence de la répression qui frappe depuis plusieurs années le partage entre individus en P2P ou par BitTorrent, ainsi que les annuaires de liens qui facilitent ces pratiques. Un site comme MegaUpload était une créature directement engendrée par la guerre au partage^{lvii}.

La légalisation du partage au sein d'une sphère non-marchande définie de manière précise constitue la meilleure manière de faire reculer la contrefaçon commerciale en revenant à des pratiques décentralisées, sans avoir à durcir le cadre répressif.

76. *In particular, is the current legal framework clear enough to allow for sufficient involvement of intermediaries (such as Internet service providers, advertising brokers, payment service providers, domain name registrars, etc.) in inhibiting online copyright infringements with a commercial purpose? If not, what measures would be useful to foster the cooperation of intermediaries?*

Ici encore, il est choquant de voir la Commission proposer de toucher au statut juridique des intermédiaires techniques, alors qu'il constitue la clé de voûte de

l'équilibre des libertés sur Internet. L'implication des FAI, des régies publicitaires, des services de paiement en ligne, des registraires de noms de domaine était également au cœur de la logique de l'accord ACTA, ainsi que de la loi SOPA aux États-Unis, deux textes rejetés par les représentants élus à la suite de mobilisations citoyennes sans précédent en faveur de la défense des libertés en ligne.

Le cadre juridique communautaire actuel relatif à la responsabilité des intermédiaires techniques, découlant de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique est satisfaisant, dans la mesure où il n'implique pas que les intermédiaires agissent de façon pro-active pour contrôler ou filtrer les contenus qui circulent en ligne par leur biais. La jurisprudence communautaire est également très claire sur le fait que l'on ne peut imposer aux hébergeurs une obligation générale de surveillance des contenus^{lviii}. Revenir sur ces principes, c'est ouvrir la porte à des pressions de la part des industries du divertissement sur les acteurs de l'Internet. Les intermédiaires seraient obligés de déployer une censure automatique, de filtrer des communications ou de supprimer des contenus en ligne. L'instauration de telles formes de « police privées du droit d'auteur » aurait inévitablement pour effet de restreindre les libertés en ligne des citoyens.

La Quadrature du Net s'inquiète tout particulièrement de voir figurer dans le questionnaire de la Commission une référence à la « coopération des intermédiaires », terme qui était déjà présent dans l'accord ACTA (art. 27.3). Cette notion de « coopération » fait écho à des propositions avancées en France au cours de l'année 2013, que ce soit au niveau de la Hadopi^{lix} ou dans les conclusions du rapport dit « Lescure »^{lx}. Ces propositions visent à contourner le cadre européen sur la responsabilité des intermédiaires techniques en les poussant à « s'auto-réguler » dans le cadre d'accords contractuels conclus sous l'égide de l'État avec les industries culturelles. Les acteurs du net qui refuseraient de s'engager sur la voie de cette « auto-régulation » se verraient menacés de diverses sanctions, pouvant aller jusqu'à à des mesures de type saisie du nom de domaine ou de censure par l'autorité publique. Le rapport Lescure propose également que les pouvoirs publics contribuent à généraliser les technologies de détection automatique et de filtrage qui font d'ores et déjà peser une grave menace sur la liberté de communication des utilisateurs d'Internet. Les dispositifs de ce type déjà déployés, tels que le système *Content-ID* de YouTube, présentent en effet un risque de blocage de contenus parfaitement licites et compromettent gravement l'application effective des exceptions et limitations au droit d'auteur. La Hadopi suggère quant à elle d'agir sur les moteurs de recherche pour déréférencer certains sites ou d'utiliser des systèmes de censure y bloquant l'accès. Ces dispositifs reprennent donc l'essentiel des dérives dénoncées dans les projets ACTA et SOPA : responsabilisation des intermédiaires techniques, contournement du juge et évolution vers des formes contractuelles de contrôle des communications débouchant sur une censure privée du Net.

La Quadrature du Net rejette cette nouvelle approche répressive qui risque d'être au cœur de la prochaine loi sur la création qui sera débattue en France au cours de l'année 2014. Elle s'inquiète également que la France pousse actuellement ce concept « d'auto-régulation des plateformes » comme une solution devant être adoptée au niveau européen (voir notamment le Conseil européen des 24 et 25 octobre 2013^{lxi}). Les citoyens européens sauront se mobiliser à nouveau contre ce retour de l'ACTA par la voie contractuelle.

77. Does the current civil enforcement framework ensure that the right balance is achieved between the right to have one's copyright respected and other rights such as the protection of private life and protection of personal data?

La Cour de Justice de l'Union Européenne dans son Arrêt SABAM c/ Netlog du 12 février 2012^{bxi} a considéré que l'état actuel du droit européen ne permettait pas d'imposer aux hébergeurs la surveillance généralisée des communications sur Internet. Cette décision était motivée par le fait que la protection du droit d'auteur ne devait pas entraîner d'atteintes disproportionnées à la liberté d'expression, mais aussi au droit au respect de la vie privée. Aucune évolution de la législation européenne ne devrait venir remettre en cause cet équilibre essentiel au détriment la protection des données personnelles ou du respect de la vie privée.

Ces principes devraient au contraire être mieux protégés, afin d'éviter de voir comme en France dans le cadre de la riposte graduée instaurée par la loi Hadopi un dispositif de surveillance à large échelle des communications en ligne instauré, avec des collectes d'adresses IP effectuées par des agents assermentés émanant de représentants des industries du divertissement et utilisant des techniques maintenues secrètes d'acteurs privés. Le principe du respect de la vie privée devrait être affirmé avec suffisamment de force au sein de l'Union européenne pour que de tels dispositifs ne puissent plus être légalement instaurés au niveau national.

Auteurs : Cette réponse à la consultation a été rédigée par Lionel Maurel et Philippe Aigrain tous deux membres du Collège d'orientation stratégique de La Quadrature du Net et validée par celui-ci.

Lionel Maurel est juriste et conservateur des bibliothèques en poste à la Bibliothèque de Documentation Internationale Contemporaine (BDIC). Il est l'auteur du blog S.I.Lex et co-fondateur du collectif SavoirsCom1.

Philippe Aigrain est informaticien et essayiste. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages sur les enjeux de la gouvernance des connaissances dont *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005 et *Sharing : Culture and the Economy in the Internet Age*, Amsterdam University Press, 2012.

Contacts :

Lionel Maurel : calimaq@gmail.com, +33 6 06 61 86 12

Philippe Aigrain : pa@laquadrature.net, +33 6 85 80 19 31

- ⁱ Licences for Europe : <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/about-site>
- ⁱⁱ La Quadrature du Net. CETA : <https://www.laquadrature.net/en/CETA>
- ⁱⁱⁱ La Quadrature du Net. TAFTA : <https://www.laquadrature.net/fr/TAFTA>
- ^{iv} La Quadrature du Net. TAFTA : premiers pas vers un Super ACTA : <https://www.laquadrature.net/fr/tafta-premier-pas-vers-un-super-acta>
- ^v Éléments pour la réforme du droit d'auteur et les politiques culturelles liées : <https://www.laquadrature.net/fr/elements-pour-la-reforme-du-droit-dauteur-et-des-politiques-culturelles-liees>
- ^{vi} Cf. Philippe Aigrain. Le partage est légitime : <http://paigrain.debatpublic.net/?p=1766>
- ^{vii} La Quadrature du Net. Studies on file sharing : https://www.laquadrature.net/wiki/Studies_on_file_sharing
- ^{viii} La *first sale doctrine* est inscrite dans le code américain dans un chapitre sur les exceptions et limitations.
- ^{ix} **Arrêt dans l'affaire C-128/11, UsedSoft GmbH / Oracle International Corp.** du 3 juillet 2012.
- ^x Cf. Philippe Aigrain. Comment délimiter le partage non marchand entre individus ? <http://paigrain.debatpublic.net/?p=4203>
- ^{xi} Cf. par exemple certains trackers BitTorrent « à ratio » qui se font payer pour agir sur les paramètres qui influent sur la bande passante pour un individu dans un protocole donné..
- ^{xii} Une interprétation raisonnable du test en trois étapes n'excluerait en rien une exception pour le partage non marchand entre individus, Cf. <http://www.ip.mpg.de/de/pub/aktuelles/declaration-threestep-test.cfm>.
- ^{xiii} Cf. Jurist4medias. Lex Google/Droits voisins : adoption définitive du texte par le parlement européen <http://www.jurist4medias.fr/2013/03/25/lex-google-droit-voisin-adoption-definitive-du-texte-par-le-parlement-allemand/>
- ^{xiv} Cf. Out-Law.com. Proposed newspaper content licensing fees not wholly “reasonable”, Tribunal rules : <http://www.out-law.com/en/articles/2012/february/proposed-newspaper-content-licensing-fees-not-wholly-reasonable-tribunal-rules/>
- ^{xv} <http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/user-generated-content-working-group-wg2>
- ^{xvi} ReDigi a été condamné pour violation du copyright aux États-Unis : http://eclans.liberation.fr/eclans/2013/04/02/revente-de-mp3-occasion-manquee-pour-redigi_955162
- ^{xvii} Voir l'arrêt Usedsoft de la CJUE : <http://www.pcinpact.com/news/72159-cjue-autorise-revente-licences-logiciels-%C2%AB-d%E2%80%99occasion-%C2%BB.htm>
- ^{xviii} Marco Ricolfi. Making Copyright Fit For The Digital Agenda <http://nexa.polito.it/nexafiles/Making%20Copyright%20Fit%20for%20the%20Digital%20Agenda.pdf>
- ^{xix} Communia. Manifeste pour le domaine public <http://www.publicdomainmanifesto.org/french>
- ^{xx} L'association Communia promeut d'ailleurs un agenda positif pour le domaine public au niveau de l'OMPI qui a ouvert des travaux sur cette question <http://www.comunia-association.org/2012/12/05/comunia-positive-agenda-for-the-public-domain>
- ^{xxi} Voir le [Manifeste pour le domaine public](http://www.comunia-association.org/2012/12/05/comunia-positive-agenda-for-the-public-domain) et les travaux plus détaillés de Séverine Dusollier et de Philippe Aigrain.
- ^{xxii} <http://www.comunia-association.org/2012/12/05/comunia-positive-agenda-for-the-public-domain>
- ^{xxiii} April. Fiche C-16 du rapport Lescure sur le domaine public numérique http://wiki.april.org/w/Fiche_C-12_du_rapport_Lescure_sur_le_domaine_public_num%C3%A9rique
- ^{xxiv} Arrêt n°549 du 28 février 2006. Cour de Cassation. Première chambre civile http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/05_16.002_8777.html
- ^{xxv} Cf. Déclaration en vue d'une interprétation du test des trois étapes respectant les équilibres du droit d'auteur http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaration_three_step_test_final_francais1.pdf
- ^{xxvi} IFLA.UE favours licensing over copyright reform for libraries in latest international negotiations <http://www.ifla.org/node/8268>
- ^{xxvii} Cf. Allard Rignalda, [Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution.](http://www.ifla.org/node/8268)
- ^{xxviii} http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/orphan_works/index_en.htm
- ^{xxix} LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&dateTexte=&categorieLien=id>
- ^{xxx} Actualité. La Norvège offre l'accès gratuit à sa littérature publiée avant 2001 <http://www.actualite.com/international/la-norvege-offre-l-acces-gratuit-a-sa-litterature-publiee-avant-2001-47598.htm>
- ^{xxxi} LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&categorieLien=id>
- ^{xxxii} [Livre vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&categorieLien=id)
- ^{xxxiii} On pourra consulter les [commentaires de La Quadrature du Net](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&categorieLien=id) sur ce livre vert.
- ^{xxxiv} Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=241683
- ^{xxxv} Loi C-11 modifiant la loi sur le droit d'auteur http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c11&Parl=41&Ses=1&source=library_prb&Language=F
- ^{xxxvi} IFLA. Statement on text and Data Mining : <http://www.ifla.org/publications/ifla-statement-on-text-and-data-mining-2013>

^{xxxvii} http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2013/11/chindecision.pdf

^{xxxviii} Licences for Europe. User Generated Content Working Group :

<http://ec.europa.eu/licences-for-europe-dialogue/en/content/user-generated-content-working-group-wg2>

^{xxxix} EDRI. [Licences for Europe – user generated content and Commission-generated users](http://edri.org/enditorial-licences-europe-user-generated-content-commission-generated-users/)

<http://edri.org/enditorial-licences-europe-user-generated-content-commission-generated-users/>

^{xl} La Quadrature du Net. Les robots de la police privée du copyright attaquent « Robocopyright ACTA »

<https://www.laquadrature.net/en/node/7125>

^{xli} Micheal Geist. The Battle over C-11 Concludes: How Thousands of Canadians Changed The Copyright Debate :

<http://www.michaelgeist.ca/content/view/6544/125/>

^{xlii} Le Monde. Le rapport Lescure veut mettre en sécurité mashup et remix

http://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/05/15/le-rapport-lescurer-veut-mettre-en-securite-remix-et-mash-up_3206367_651865.html

^{xliii} IPKat. Modernising (irsh) Copyright Katseries #1 : The Innovation Exception :

<http://ipkitten.blogspot.fr/2013/10/modernising-irish-copyright-katseries-1.html>

^{xliv} -

<http://www.droit-technologie.org/actuality-972/le-telechargement-pour-usage-personnel-couvert-par-la-copie-privee-l.html>

^{xlv} <http://www.numerama.com/magazine/3519-le-partage-par-p2p-est-legal-en-espagne-selon-la-justice.html>

^{xlvi} <http://www.01net.com/editorial/583043/les-deputes-neerlandais-refusent-l-interdiction-du-telechargement-illegal/>

^{xlvii} <http://www.numerama.com/magazine/2364-la-licence-globale-en-partie-adoptee-par-l-assemblee.html>

^{xlviii} http://www.laquadrature.net/wiki/Studies_on_file_sharing

^{xlix} -

<http://www.reseauglconnection.com/article-redevance-copie-privee-la-position-de-l-avocat-general-de-la-cje-122012879.html>

¹ La Quadrature du Net. Privés de copie ! Les droits du public discrètement laminés à l'Assemblée

<https://www.laquadrature.net/fr/privés-de-copie-les-droits-du-public-discretement-lamines-a-lassemblee>

^{li} Cf. Ph. Aigrain, [Diversity, attention and symmetry in a many-to-many information society](#), First Monday 11(6). Par œuvre, on entend ici aussi bien des œuvres individuelles isolables que les produits en cours d'élaboration collective dans des communautés créatives.

^{lii} Contrairement au discours sur la prédominance de la gratuité, les études par sondages, mais aussi les statistiques du soutien volontaire aux projets créatifs montrent un fort souhait des citoyens que les artistes et contributeurs de toutes sortes soient financés ou rémunérés.

^{liii} LOI n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025422700&dateTexte=&categorieLien=id>

^{liv} ReLIRE (Registre des Livres Indisponibles en Réédition électroniques) : <http://relire.bnf.fr/>

^{lv} Accord-cadre entre le Conseil Permanent des Écrivains et le Syndicat nationale des Éditeurs sur le contrat d'édition dans le secteur du livre : <http://www.sgdj.org/phocadownload/Contrat-d-%27%C3%A9dition-dans-le-secteur-du-livre---Accord-cadre-CPE-SNE-.pdf>

^{lvi} Projet de loi en faveur du Libre Accès en Allemagne <http://openaccess.inist.fr/?Projet-de-loi-en-faveur-du-Libre>

^{lvii} La Quadrature du Net. MegaUpload : l'industrie du copyright en guerre contre les créatures qu'elle a enfantées

<https://www.laquadrature.net/fr/megaupload-l-industrie-du-copyright-en-guerre-contre-les-creatures-qu-elle-a-enfante>

^{lviii} La Quadrature du Net. Jurisprudence sur la communication en ligne. Droit communautaire

https://www.laquadrature.net/wiki/Jurisprudence_sur_la_communication_en_ligne#Droit_communautaire

^{lix} La Quadrature du Net. Hadopi et les intermédiaires du net : non à un ACTA à la française

<http://www.laquadrature.net/fr/hadopi-et-intermediaires-du-net-non-a-un-acta-a-la-francaise>

^{lx} Mission Acte II sur l'exception culturelle. Contribution aux politiques culturelles à l'heure du numérique

http://www.culturecommunication.gouv.fr/var/culture/storage/culture_mag/rapport_lescurer/index.htm

^{lxi} PC Inpact. Conseil européen et numérique : les pistes de réflexion de la France

<http://www.pcinpact.com/news/84066-conseil-europeen-et-numerique-pistes-reflexion-france.htm>

^{lxii} CJUE, 12 février 2012, SABAM c/ Netlog

https://www.laquadrature.net/wiki/Jurisprudence_sur_la_communication_en_ligne#CJUE.2C_12_f.C3.A9vrier_2012.2C_SABAM_c.2F_Netlog