

AVRIL 2018

n° 67

Propriétés intellectuelles

DOCTRINE

- ◆ Perspectives d'avenir du statut social de l'auteur
Stéphanie Le Cam
- ◆ L'avenir de la propriété intellectuelle sur la *blockchain*
Amélie Favreau
- ◆ Les chartes de propriété intellectuelle, un instrument d'avenir?
Nicolas Bronzo
- ◆ L'exception pour le *data mining* dans le projet de directive sur le droit d'auteur
Nicolas Jondet

CHRONIQUES

- ◆ Droit d'auteur et droits voisins
André Lucas
Jean-Michel Bruguière
Carine Bernault
- ◆ Droit des marques et autres signes distinctifs
Julien Canlorbe
Yann Basire
Caroline Le Goffic

- ◆ Droit des créations techniques
Jean-Christophe Galloux
Bertrand Warusfel
Christian Derambure
- ◆ Droit des dessins et modèles
Patrice de Candé
Pierre Massot

ACTUALITÉS

- ◆ Agenda de l'IRPI
- ◆ Événements extérieurs
- ◆ Publications récentes

*L'exception pour le data mining dans le projet de directive sur le droit d'auteur**

Pourquoi l'Union européenne doit aller plus loin que les législations des États membres

NICOLAS JONDET

ENSEIGNANT EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, FACULTÉ DE DROIT D'EDIMBOURG (ROYAUME-UNI)
CHERCHEUR ASSOCIÉ AU CENTRE SCRIPT

Le *text and data mining* (TDM), en français «l'exploration» ou «la fouille de données», est un processus d'exploration et d'analyse de données par les algorithmes numériques. Le TDM ouvre de nouvelles perspectives dans la découverte des connaissances. Toutefois, ce processus requiert la reproduction d'immenses corpus d'œuvres protégées par le droit de la propriété intellectuelle. Se pose alors la question de l'articulation entre ce processus et le droit d'auteur. Dans un contexte où la compétition internationale se focalise de plus en plus sur l'économie du savoir, les législateurs nationaux et européens se posent la question du meilleur équilibre entre la nécessité de faciliter l'exploration et l'analyse des contenus et celle de protéger ceux qui les produisent. En Europe, cette discussion a commencé au début de la décennie et est rentrée dans une étape cruciale en septembre 2016 avec la publication de la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique¹. Mais, avant même l'établissement d'un cadre européen sur le *data mining*, de nombreux États membres ont adopté leurs propres exceptions au droit d'auteur. Comme nous le verrons, ces positionnements répondent et influencent le débat à l'échelle européenne.

Après avoir expliqué les problématiques de droit d'auteur liées au TDM ainsi que les paramètres du débat sur les solutions à leur apporter (I) nous nous attarderons sur les expériences britannique et française. En effet, la prise de position britannique a été déterminante à bien des égards. Avec la création d'une exception TDM en 2014, le Royaume-Uni est précurseur en la matière, cet assouplissement du droit d'auteur témoignant d'une volonté de favoriser l'économie du savoir, mais aussi de repousser les limites du cadre européen (II). La France a

suivi cette voie de la réforme du droit d'auteur en 2016, initialement à reculons puis à marche forcée, poussée par la pression des acteurs de la recherche et de l'économie numérique. Les exceptions françaises, plus étroites que leur équivalent britannique, offrent un point de comparaison intéressant dans le débat (III). Si bien que lorsque la Commission européenne propose sa directive, deux exceptions aux contours différents sont déjà en place au sein de l'Union européenne (UE). D'autres pays vont adopter leurs propres exceptions TDM sans attendre l'issue du débat européen et ce faisant l'influençant d'ores et déjà. La lecture du débat est rendue plus compliquée encore par d'importants changements politiques dans certains états au premier rang desquels se trouve le *Brexit*, la sortie de l'UE décidée par le Royaume-Uni, champion d'une exception TDM large (IV). Face à la multiplicité des choix, nous pensons que l'UE doit adopter l'exception TDM la plus large possible afin de renforcer la compétitivité internationale de son économie du savoir notamment vis-à-vis du Royaume-Uni de l'après *Brexit* (V).



* Cet article est l'adaptation de la présentation donnée lors du premier colloque de l'association JUSPI organisé le 3 octobre 2017 à l'Université Paris Descartes. L'auteur souhaite remercier les participants du colloque pour leurs commentaires qui ont enrichi l'article ainsi que l'équipe de la revue *Propriétés intellectuelles* pour leur aide précieuse dans sa mise en forme.

1. Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, 14 sept. 2016 [COM(2016) 593].

I. Le *data mining* à l'épreuve du droit d'auteur de l'Union européenne

En Europe, la question de l'articulation entre TDM et droit d'auteur est abordée au début de la décennie. Parmi les différents travaux qui éclairent la discussion nous retiendrons, le rapport Hargreaves pour le Royaume-Uni², le rapport du cabinet De Wolf & Partners, dirigé par Jean-Paul Triaille³, ainsi que celui du Groupe d'experts européens présidé par le professeur Hargreaves⁴, tous deux remis à la Commission européenne et enfin, pour la France, le rapport de la mission du CSPLA présidée par Jean Martin⁵. Tous ces travaux font état des nombreuses promesses du *data mining* pour la société et l'économie du savoir, mais constatent aussi le conflit entre TDM et droit d'auteur (A). La question de la résolution de ce conflit fait débat et nous présentons les paramètres de ce débat (B).

A. Les promesses du *data mining* et l'obstacle du droit d'auteur

Le TDM peut se définir comme « le traitement automatisé de contenus numériques, qui peuvent inclure des textes, des données, des sons, des images ou d'autres éléments, ou une combinaison de ceux-ci, afin de découvrir de nouvelles connaissances ou des idées »⁶. Cette définition large peut donc recouvrir une multitude de pratiques. Toute personne, munie d'un ordinateur et d'un logiciel d'analyse approprié peut alors analyser les données stockées sur cet ordinateur. Bien sûr, plus l'ordinateur est puissant, plus l'algorithme est performant, plus la quantité et la qualité des données et des contenus disponibles sont importantes et plus l'analyse opérée sera fructueuse en nouvelles connaissances et idées. C'est pourquoi cette technique nouvelle trouve à s'appliquer en premier lieu dans les secteurs de la recherche universitaire, des entreprises, voire des services publics, où d'importants moyens financiers, humains et techniques peuvent être mis à disposition de projets utilisant le TDM. Ainsi, le projet britannique Text2genome a permis, grâce à l'analyse de millions de publications, de cartographier le génome humain⁷. L'analyse de larges quantités de vidéo peut aussi enrichir les connaissances en météorologie⁸. Un chercheur en sciences sociales peut également analyser les évolutions des utilisations du terme numérique dans le cadre des politiques de l'Union européenne⁹. Mais le TDM peut aussi être appliqué en finance, marketing ou dans l'industrie¹⁰. Dans l'absolu, il peut être mis en œuvre par toute personne, sur tout contenu et pour toute finalité.

Comme l'explique le CSPLA, en amont de l'analyse des données, il y a un processus de collecte qui implique d'effectuer une copie plus au moins temporaire de tout

ou partie des contenus numériques¹¹. Il est par ailleurs parfois aussi nécessaire de transformer les données pour les rendre exploitables par les outils informatiques, comme par exemple un document PDF en fichier XML. Ces deux étapes peuvent engager les droits de propriété intellectuelle reconnus dans l'Union. Ainsi, la directive de 2001 sur le droit d'auteur¹² reconnaît à l'auteur d'une œuvre originale, que cela soit un livre, une composition musicale ou encore une base de données, des droits exclusifs de reproduction et de diffusion de cette œuvre. Par ailleurs, le droit européen consacre, par une directive de 1996, un droit spécifique pour les producteurs de bases de données non originales¹³. Ce droit *sui generis* leur donne notamment des prérogatives exclusives d'extraction et de réutilisation du contenu de leur base.

Le droit d'auteur donne aux créateurs d'œuvres originales de nombreuses prérogatives comme le droit d'en autoriser la reproduction et la communication au public¹⁴. Dès lors, toute personne souhaitant reproduire ou diffuser une œuvre doit, par principe, obtenir l'autorisation préalable du titulaire du droit d'auteur, lequel peut soumettre son autorisation à la contrepartie d'une rémunération. Ces prérogatives reçoivent une interprétation large et s'appliquent pleinement dans le contexte numérique. Ainsi, la reproduction de toute image trouvée sur un site internet, de tout film, article de presse, clip de Youtubeur, ou article scientifique doit avoir été préalablement autorisée par le titulaire du droit. Faute de quoi, la personne qui effectue cette reproduction commet une infraction au droit d'auteur et peut être poursuivie. Il en va de même pour la diffusion de ces œuvres, notamment sur internet. En outre, il convient ici de

2. I. Hargreaves, *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth*, 2011, UK Intellectual property office [Rapport Hargreaves].

3. J.-P. Triaille, J. de Meeûs d'Argenteuil et A. de Francquen, *Study on the legal framework of text and data mining*, 2014, De Wolf & Partners for the European Commission [Rapport De Wolf].

4. I. Hargreaves, L. Guibault, C. Handke, P. Valcke, B. Martens, R. Lynch et S. Filippov, *Report from the Expert Group on the standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of text and data mining*, 2014, Expert Group for the European Commission [Rapport Expert Group].

5. J. Martin et L. de Carvalho, *Rapport de la mission sur l'exploration de données (« Text and Data mining »)*, 2014, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique [Rapport CSPLA].

6. Rapport De Wolf, préc., note 3, p. 17; traduit en français par le Rapport CSPLA, préc., note 5, p. 8.

7. Rapport CSPLA, préc., note 5, p. 11.

8. Rapport Expert Group, préc., note 4, p. 10.

9. *Idem*.

10. *Idem*.

11. Rapport CSPLA, préc., note 5, p. 20.

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

13. Dir. 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

14. Dir. 2001/29, préc., note 12, art. 2 et 3.

rappeler que le droit européen offre une protection additionnelle aux titulaires de droit dans le contexte numérique. Il consacre la protection des mesures techniques de protection, comme les logiciels anti-copies qui sont placés sur les produits culturels, et qui sont collectivement connus par leur acronyme anglais DRMs pour *Digital rights management systems*¹⁵.

Cette protection large n'est pourtant pas absolue. Tous les systèmes de droit d'auteur comprennent un certain nombre d'exceptions qui autorisent aux tiers l'utilisation d'une œuvre sans l'accord du titulaire, comme par exemple les exceptions de parodie ou de courte citation. La question sera donc de savoir s'il existe en droit européen une exception pour le TDM. La réponse aurait pu être simple, la directive de 2001 fournissant une liste exhaustive des exceptions permises au sein de l'UE. Et donc soit l'exception TDM est dans la liste et elle est alors permise dans les États membres soit elle ne l'est pas. Toutefois, deux problèmes liés au processus d'harmonisation, soucieux du respect des traditions juridiques des pays membres¹⁶, rendent la question plus complexe. Tout d'abord, parmi la vingtaine d'exceptions autorisées, seule l'une d'elles, l'exception de copie transitoire, est obligatoire. Les autres sont facultatives, les États membres ayant le choix de les introduire ou pas dans leur droit national. Ensuite, et surtout, la rédaction des exceptions est suffisamment vague pour recouvrir des réalités différentes dans les pays membres. Combinés aux difficultés de traduction inhérente au projet européen, ces deux problèmes rendent l'analyse du périmètre des exceptions souvent difficile. Ainsi la directive prévoit, à l'article 5, 3 a), une exception « lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou de la recherche scientifique ». Comme l'explique Séverine Dusollier, non seulement tous les États membres n'ont pas choisi d'adopter cette exception, mais parmi ceux qui l'ont adoptée existent d'importantes différences d'interprétation en fonction de la langue du pays concerné¹⁷. Ainsi, dans certaines langues elle peut se lire comme une exception « lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement ou d'une utilisation pour la recherche scientifique », le terme « d'illustration » s'appliquant uniquement à l'enseignement. En dépit des difficultés d'analyse du contour exact des exceptions, il paraît néanmoins évident qu'au début de la décennie, ni le droit de l'Union ni celui des États membres ne prévoit explicitement d'exception TDM.

B. Les paramètres du débat sur une exception au droit d'auteur

Le nombre croissant de chercheurs faisant état de difficulté à mettre en œuvre les techniques de TDM sur les articles des revues scientifiques auxquelles ils souscrivent force les pouvoirs publics européens et nationaux à se

saisir de la question. Pour résoudre ce problème deux options sont envisagées : une solution contractuelle par laquelle les ayants droit facilitent la pratique du TDM sur leurs contenus et une solution législative par laquelle est introduite une exception TDM au droit d'auteur. Les éditeurs scientifiques, rejoints par l'ensemble des ayants droit, soutiennent la solution contractuelle. Le monde de la recherche, rejoint par d'autres utilisateurs, dont les acteurs de l'économie numérique, militent pour une exception au droit d'auteur. Ils pointent vers d'autres juridictions dont le droit d'auteur est plus favorable à la recherche. C'est le cas, par exemple, du Japon qui a introduit en 2009 une exception qui s'applique à toutes les activités d'« analyse d'information » sans distinction¹⁸. Mais c'est surtout le droit d'auteur des États-Unis qui est présenté en modèle d'adaptabilité et de bienveillance pour la recherche, les *startups* et l'innovation. Cette souplesse tient à la méthode de création des exceptions. Là où le droit européen dresse une liste limitative d'exceptions qui ne peut être changée que par le processus législatif, le droit américain reconnaît un principe général de *fair use* qui laisse aux juges une grande latitude pour autoriser de nouvelles pratiques par les tiers sur les œuvres protégées. En application du *fair use* les tribunaux américains ont, par exemple dans l'affaire *Authors Guild c/ Google*, validé la numérisation par Google des fonds des bibliothèques universitaires américaines sans autorisation des titulaires des droits¹⁹.

L'hypothèse d'une nouvelle exception soulève la question de ses caractéristiques. Les réflexions font apparaître certains éléments de consensus. Il semble acquis qu'une exception TDM ne puisse être engagée que si l'utilisateur a un accès licite à la source. C'est une garantie essentielle pour les ayants droit en général et pour les éditeurs scientifiques en particulier, car elle leur assure que les personnes désirant fouiller leurs corpus de textes devront s'acquitter des frais d'abonnement à leurs services. En contrepartie, il semble aussi acquis qu'une exception doive être d'ordre public, c'est-à-dire qu'il ne serait pas possible d'y déroger par contrat. D'autres éléments, en revanche, tels les contours de l'exception font débat : qui en seront les bénéficiaires (les chercheurs, les entreprises, l'ensemble des utilisateurs), pour quels types d'utilisation et quelle finalité (commerciale ou non) et sur quels types de contenus ? À ces questions, les



15. *Idem*, art. 6.

16. *Idem*, consid. 32.

17. Rapport De Wolf, préc., note 3, p. 61.

18. M. Nagatsuka, L'exception de *data mining* en droit d'auteur japonais, 2016, *Revue franc. propr. intell.* 68, 7.

19. *Authors Guild v. Google*, 804 F.3d 202 - Court of Appeals, 2nd Circuit 2015, v. aussi à propos de la décision de première instance en 2013: rapport CSPLA, préc., note 5, p. 42. M. Nagatsuka, L'exception de *data mining* en droit d'auteur japonais, 2016, *Revue franc. propr. intell.* 68, 7.

législateurs nationaux et européens vont apporter des réponses contrastées.

II. Le Royaume-Uni en précurseur avec son exception pour le *text and data analysis*

Le Royaume-Uni est le premier pays de l'UE à s'être interrogé sur la relation entre le droit d'auteur et le TDM. Cette réflexion sur l'adaptation du droit au TDM s'inscrit dans le cadre d'une large réflexion sur l'architecture globale du régime britannique des exceptions au droit d'auteur menée par le rapport Hargreaves. Les changements législatifs introduits en réponse au rapport témoignent d'un volontarisme de la part du gouvernement britannique et d'une prise de risque vis-à-vis du cadre européen (A). L'exception TDM, introduite en 2014, par son principe et son étendue teste les limites du cadre européen (B).

A. Réflexion globale, volontarisme et prise de risque sur la question des exceptions

Le rapport du Professeur Hargreaves, remis au gouvernement britannique en 2011²⁰, a joué un rôle clé dans l'avènement et la structuration du débat sur l'exception TDM. Ian Hargreaves avait pour mission de passer en revue les principaux droits de la propriété intellectuelle et d'identifier les aspects de ses droits qui présentent des contraintes pour l'innovation et la croissance économique. On notera ici que les termes mêmes de la mission ainsi que la nature du commanditaire du rapport, le ministère des Affaires commerciales, inscrivaient les travaux dans la tradition anglo-saxonne d'une approche utilitariste du droit de la propriété intellectuelle. Parmi tous les droits de propriété intellectuelle, le rapport identifie le droit d'auteur, en particulier son régime des exceptions, comme étant le plus propice aux réformes. Le rapport s'interroge d'abord sur l'architecture générale du régime avant de s'intéresser à certaines exceptions en particulier.

L'analyse globale contemple l'eldorado américain, mais se satisfait de l'ancrage européen du régime britannique des exceptions. Le gouvernement voulait notamment savoir s'il était souhaitable et possible d'adopter un système de *fair use* à l'américaine. La question était de savoir si la greffe de ce principe du droit d'auteur américain pouvait créer un environnement plus favorable à l'innovation dans l'économie numérique. David Cameron, le Premier ministre de l'époque, avait, à l'occasion du lancement de la mission Hargreaves, fait

référence aux commentaires des fondateurs de Google pour qui leur entreprise n'aurait jamais pu voir le jour au Royaume-Uni, faute de *fair use*²¹. Sur l'opportunité d'une telle greffe, le rapport conclut que le *fair use* pourrait apporter certains avantages en terme de flexibilité du droit d'auteur, mais que le *fair use* n'est qu'un des facteurs expliquant le succès des entreprises américaines dans le numérique, la culture du risque et le montant des capitaux-risque disponibles étant d'autres facteurs explicatifs de ce succès. Quant à la possibilité d'une telle greffe, le rapport conclut qu'elle n'est pas possible en l'état actuel du droit européen²². Faute d'introduire le *fair use* au Royaume-Uni, le rapport propose néanmoins de nombreuses réformes des exceptions.

Celles-ci seront reprises pour l'essentiel par le gouvernement qui fera adopter les réformes législatives de 2014 modifiant le régime des exceptions du Copyright, designs and patents act (CDPA)²³. Ces réformes aménagent certaines exceptions et en ajoutent de nouvelles. Ainsi, dans la catégorie des modifications, nous retiendrons l'élargissement de l'exception de recherche qui n'était jusqu'alors applicable qu'aux œuvres « littéraires, dramatiques, musicales et artistiques », mais qui désormais s'applique à tout type d'œuvre comme, par exemple, aux œuvres audiovisuelles²⁴. Dans la catégorie des nouvelles exceptions, l'introduction d'une exception de parodie n'a pas soulevé de problème particulier, le Royaume-Uni ne faisant que saisir l'opportunité présentée par la directive de 2001. L'introduction d'une exception de copie privée aurait pu être aussi aisée. La directive offre le cadre général suivant : elle autorise cette exception, mais conditionne son existence à la mise en place d'un système de compensation pour les ayants droit. Le gouvernement britannique décida toutefois de faire adopter une exception de copie privée sans système de compensation. Cette exception était censée être compatible avec le droit européen dans la mesure où elle était conçue de manière si limitative qu'elle ne causerait pas de préjudice aux ayants droit²⁵. Mais avant même que les autorités européennes n'aient le temps de se prononcer, les ayants droit britanniques ont immédiatement intenté un recours juridictionnel contre cette disposition. La High Court de Londres leur donne raison en 2015 en

20. Rapport Hargreaves, préc., note 2.

21. *Idem*, p. 44.

22. *Idem*, p. 46.

23. The Copyright and Rights in Performances (Research, Education, Libraries and Archives) Regulations (SI 2014/1372) [SI 2014/1372]; The Copyright and Rights in Performances (Disability) Regulations (SI 2014/1384); The Copyright (Public Administration) Regulations (SI 2014/1385); The Copyright and Rights in Performances (Quotation and Parody) Regulations (SI 2014/2356).

24. SI 2014/1372, préc., note 23 s. 3.

25. The Copyright and Rights in Performances (Personal Copies for Private Use) Regulations (SI 2014/2361) [Repealed].

ordonnant l'abrogation de cette disposition, le gouvernement n'ayant pas rapporté la preuve que l'absence de système de rémunération ne causerait pas de préjudice aux ayants droit²⁶. L'introduction d'une exception TDM témoigne d'une même volonté de tester les limites du cadre européen.

B. L'exception introduite en 2014, une exception large

Le Royaume-Uni estime qu'il peut introduire une exception qui n'est pourtant pas listée dans la directive, mais qui est, selon son analyse, le simple prolongement de l'exception de recherche prévue à l'article 5, 3°, a) de cette même directive. Cette analyse n'a pas été remise en cause ni par les ayants droit ni par les institutions européennes. Et le nouvel article 29A du CDPA prévoit donc une exception au droit d'auteur²⁷ de *text and data analysis* pour la recherche non commerciale. C'est une exception large. Elle concerne tous les types d'œuvres et bénéficie aux activités de recherche. Le terme «recherche», en l'absence de jurisprudence contraire, s'entend de manière extensive notamment car il s'applique à toute personne effectuant des recherches quelque soit son statut ou celui de l'organisme auquel elle appartient²⁸. Toutefois, le bénéfice de l'exception est limité aux recherches non commerciales. Ici, il convient d'expliquer que la distinction entre recherche commerciale et non-commerciale n'a été introduite en droit britannique qu'à la faveur de la transposition de la directive de 2001 et que la doctrine souligne la difficulté à mettre en œuvre cette distinction²⁹. Et c'est notamment pour dépasser cette difficulté que Hargreaves avait recommandé au gouvernement britannique de faire pression sur les institutions européennes pour qu'une future exception TDM couvre aussi la recherche commerciale³⁰. L'exception est d'ordre public. En contreparties, l'article 29A offre de nombreuses garanties aux titulaires de droit. Tout d'abord, il y a la condition d'accès licite aux œuvres. Ensuite, l'utilisateur doit, dans la mesure du possible, créditer les œuvres copiées. Surtout, l'utilisation des copies pour toute activité autre que le TDM ou la communication des copies sont interdites et constituent, en l'absence d'autorisation des titulaires, des contrefaçons.

On le voit, l'expérience britannique est originale. Elle entend modifier le droit d'auteur pour l'adapter au TDM en créant une nouvelle exception spécifique et ce faisant repousser ainsi les limites du droit européen. Les férus de politique britannique ne pourront s'empêcher de voir des parallèles entre l'attitude du gouvernement sur le dossier du droit d'auteur et la tension grandissante entre le Royaume-Uni et les institutions européennes. En effet, nous sommes en 2014 et David Cameron, acculé par la montée de l'euroscépticisme, notamment dans son parti, entreprend avec les

institutions européennes un processus de renégociation des règles de l'UE dont l'échec précipitera la tenue d'un referendum sur le *Brexit*³¹.

III. La France et ses exceptions pour l'exploration et la fouille des données

La France se saisit de la question du TDM au moment où se clôt le débat au Royaume-Uni. La discussion est en France beaucoup plus houleuse, les débats plus tranchants, les contraintes liées au cadre européen ainsi que les incertitudes quant à sa possible évolution, plus pressantes. L'opposition entre le gouvernement et le parlement rend la reconnaissance du principe d'une exception très longtemps incertaine (A). Le compromis finalement adopté produit deux exceptions à la portée limitée dont la mise en œuvre est en suspens et l'existence en sursis (B).

A. Marche à reculons puis marche forcée vers la reconnaissance d'une exception

En juillet 2014, le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), instance consultative chargée de conseiller le ministre de la Culture en matière de droit d'auteur, rend son rapport sur le TDM³². L'approche, l'analyse et les conclusions du rapport français sont presque diamétralement opposées à celles du rapport Hargreaves. Quand le rapport britannique cherche à savoir comment adapter le droit d'auteur aux besoins de l'économie et au TDM, le rapport français cherche à protéger le droit d'auteur d'un TDM qu'il compare à un parasite³³. Quant à l'analyse juridique, le CSPLA produit une réflexion plus poussée et, à notre avis, plus juste de l'état du droit. Le rapport rappelle que

26. British Academy of Songwriters, Composers And Authors & Ors, R (On the Application Of) v Secretary of State for Business, Innovation And Skills, 2015 EWHC (Admin) 1723.

27. Le CDPA ne prévoit pas d'exception spécifique pour le droit *sui generis*.

28. C. Waelde, A. Brown, S. Kheria et J. Cornwell, *Contemporary Intellectual Property*, 4^e éd., OUP, 2016, p. 183.

29. *Idem*, p. 184.

30. Rapport Hargreaves, préc., note 2, par 5.26.

31. M. Vaudano, « Brexit » : comment Cameron s'est laissé prendre à son propre piège, *Le Monde*, 24 juin 2016.

32. Rapport CSPLA, préc., note 5.

33. *Idem*, p. 2.

le droit d'auteur est d'interprétation large et les exceptions d'interprétation stricte. Il conclut qu'aucune des exceptions en droit français n'offre de garantie suffisante pour le TDM, en particulier l'exception « à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche »³⁴, qui transpose l'art 5.3 a) de la directive, en raison de son caractère très limité³⁵. Pour le rapport, il n'est pas possible de modifier le droit national sans modification préalable du droit européen³⁶. Implicitement, il rejette l'analyse britannique. Pour le CSPLA, la création d'une exception n'est pas non plus nécessaire. Il lui préfère des solutions d'ordre contractuel³⁷. Le CSPLA propose alors de « privilégier l'autorégulation à une intervention législative » et fixe « un délai de deux années au terme duquel un bilan sectoriel sera dressé et l'éventuelle nécessité d'une intervention législative évaluée »³⁸. Le rapport recommande aussi au gouvernement de faire partager cette approche et de prévenir toute initiative contraire au niveau européen ou international³⁹. Là encore, le contraste est saisissant avec le rapport Hargreaves qui enjoignait au gouvernement britannique de changer le cadre européen. Le gouvernement français suit les recommandations du CSPLA et la question d'une éventuelle exception TDM n'apparaît pas dans la loi création⁴⁰. Elle n'est pas non plus dans le projet de loi porté par le secrétariat d'État en charge du numérique, qui aboutira à la loi République numérique.

Toutefois, lors des débats sur la loi république numérique, les députés de l'Assemblée nationale vont relayer les demandes du monde de la recherche, faites notamment lors du processus de consultation en ligne sur l'avant-projet de loi, ainsi que celles du Conseil national du numérique (CNNum), qui, reprenant à son compte l'analyse britannique, dont il note qu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours par les instances européennes, recommande d'instaurer une véritable exception TDM⁴¹. Le gouvernement et les commissions de l'Assemblée nationale s'opposent à un changement du droit d'auteur. Si les commissions s'accordent sur la nécessité de faciliter le TDM en France, elles rappellent l'absence d'exception spécifique dans la directive de 2001 et l'imminence d'une proposition des instances européennes sur le sujet⁴². En commission des lois, le rapporteur Luc Belot et la secrétaire d'État, Axelle Lemaire, rejettent l'analyse britannique qu'ils jugent en contravention avec le droit européen et concluent qu'il serait prématuré d'introduire une exception en droit français⁴³. La commission des affaires culturelles, quant à elle, évoque les espoirs nés de nouvelles solutions contractuelles favorisant le TDM⁴⁴. Toutefois, le choix de l'exception est porté par un large consensus chez les députés. Ainsi, de nombreux députés emmenés, à gauche, par Christian Paul, Isabelle Attard et André Chassaigne, et à droite, par Nathalie Kosciusko-Morizet, déposent une série d'amendements en faveur d'une exception pour assurer la compétitivité de la recherche française vis-à-vis des États-Unis ou du Royaume-Uni. Ils veulent aussi

forcer le gouvernement à clarifier sa position dans les discussions européennes afin qu'il s'engage plus fermement à défendre cette exception⁴⁵. Les députés adoptent l'amendement Kosciusko-Morizet et le texte de l'Assemblée nationale inclut donc une exception au droit d'auteur et au droit *sui generis*. Il prévoit la modification du Code de la propriété intellectuelle, notamment avec l'introduction d'une exception « en vue de l'exploration de textes et de données pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale »⁴⁶.

Au sénat, l'exception au droit d'auteur est retirée. La commission des lois retient l'impossibilité de créer une exception et veut croire à l'approche contractuelle, cette option pouvant d'ailleurs être celle que les autorités européennes finiraient par choisir⁴⁷. Mais si elle considère qu'il n'est ni possible ni souhaitable, à ce stade, de changer le droit d'auteur comme l'a fait l'Assemblée nationale, la commission de la culture recommande néanmoins de légiférer pour faciliter le TDM en France. Après de longues discussions, dans lesquelles certains sénateurs marquent leur préférence pour la position de l'Assemblée, le Sénat adopte finalement le texte proposé par la sénatrice Colette Mélot⁴⁸, dont le but est « d'interdire, dans les contrats conclus entre éditeurs et organismes de recherche ou bibliothèques, toute clause limitant l'accès aux publications scientifiques appartenant à l'éditeur, à des fins de fouille électronique exclusivement pour la recherche publique et à l'exclusion de tout usage commercial »⁴⁹. Cette disposition ne modifie pas le Code de la propriété intellectuelle, mais vise à offrir



34. CPI, art. L. 122-5 3° e.

35. Rapport CSPLA, préc., note 5, p. 30.

36. *Idem*, p. 45.

37. *Idem*, p. 38.

38. *Idem*, p. 4, recommandations 5, 6 et 7 respectivement.

39. *Idem*, p. 5, recommandations 11 et 12.

40. Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

41. Avis n° 2015-3 du Conseil national du numérique relatif au projet de loi pour une République numérique, 2015, p. 15.

42. V. notam. M. Karamanli, Rapport d'information n° 3366 déposé par la commission des affaires européennes, portant observations sur le projet de loi pour une République numérique (n° 3318), AN, 16 déc. 2015, p. 42.

43. Rapport n° 3399 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi (n° 3318) pour une République numérique par L. Belot et déposé le 15 janv. 2016, AN, p. 277.

44. E. Bréhier, Avis n° 3389 présenté au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur le projet de loi pour une République numérique, AN, 13 janv. 2016, p. 60.

45. L. Belot, préc., note 43, p. 277.

46. Projet de loi pour une République numérique, adopté en 1^{re} lecture par l'AN le 26 janv. 2016, TA n° 663.

47. C. Mélot, Avis n° 525, 2015-2016, fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, Sénat, 5 avr. 2016, p. 47.

48. Amendement n° COM-408 présenté en commission des lois par C. Mélot au nom de la commission de la culture le 5 avr. 2016.

49. Texte n° 131, 2015-2016, Projet de loi pour une République numérique modifié par le Sénat le 3 mai 2016, art. 18 *bis*.

certaines garanties aux chercheurs. Mais si les éditeurs saluent ce texte et promettent d'améliorer rapidement le régime contractuel et les outils TDM qu'ils proposent⁵⁰, la réaction des utilisateurs est unanimement négative. On retiendra notamment la prise de position du collectif comprenant des entrepreneurs du numérique ainsi que des représentants de centres de recherche qui se prononce contre la solution contractuelle⁵¹. Parmi les signataires on relèvera de nombreux membres du CNNum dont ses ancien et nouveau présidents, Benoît Thieulin et Mounir Mahjoubi. Cette opposition sera relayée lors des discussions de la Commission mixte paritaire qui aboutira à un texte de compromis retenant le principe d'une exception, mais d'une exception strictement circonscrite au contexte de la recherche scientifique.

B. Des exceptions de compromis à la portée limitée dont la mise en œuvre est en suspens et l'existence en sursis

La loi numérique modifie donc le Code de la propriété intellectuelle en ajoutant une exception au droit d'auteur pour «l'exploration de textes» et une exception au droit *sui generis* pour «la fouille de textes»⁵². L'exception au droit d'auteur autorise «Les copies ou reproductions numériques réalisées à partir d'une source licite, en vue de l'exploration de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale»⁵³. On le voit, l'exception française est plus limitée que son équivalent britannique⁵⁴, principalement car elle ne s'applique qu'aux utilisations de la recherche publique et qu'à certains types d'œuvres. Elle s'applique aux «textes» et aux «données incluses ou associées aux écrits scientifiques». Elle s'applique donc bien à tous les textes, y compris aux textes non scientifiques. Sur ce point précis, on peut faire référence à la clarification faite en commission mixte paritaire⁵⁵ où un amendement visant à circonscrire le bénéfice aux seuls textes scientifiques avait été rejeté⁵⁶. En revanche, elle ne s'applique qu'aux textes et pas autres œuvres comme les images, les œuvres musicales ou audiovisuelles. C'était le souhait de nombreux parlementaires d'exclure le plus grand nombre d'œuvres afin de protéger de nombreuses industries culturelles, dont l'audiovisuel et la presse⁵⁷. Le Code de la propriété intellectuelle précise ensuite qu'«un décret fixe les conditions dans lesquelles l'exploration des textes et des données est mise en œuvre, ainsi que les modalités de conservation et de communication des fichiers produits au terme des activités de recherche pour lesquelles elles ont été produites»⁵⁸. L'exception TDM du droit *sui generis* est structurée de la même manière⁵⁹ et laisse aussi au décret le soin de fixer nombre de ses modalités d'application.

Or, ces décrets d'application n'ont toujours pas été publiés par le gouvernement. Le gouvernement avait pourtant soumis un projet de décret pour avis au Conseil d'État en mai 2017⁶⁰. Toutefois, le Conseil avait rejeté le décret⁶¹. L'avis du Conseil n'ayant pas été publié, il est hasardeux de spéculer sur les raisons de ce rejet. Mais on peut penser que le Conseil d'État, comme toutes les institutions juridiques françaises avant lui, préfère attendre la fin du processus législatif européen avant de se prononcer sur les dispositions déjà existantes. L'exception française reste donc largement inapplicable et inappliquée. Comme nous le verrons, il semble aussi que l'exception qui se prépare au niveau européen doive être plus ouverte que l'exception française dans sa rédaction actuelle. La France doit donc sans doute se préparer à une réforme des dispositions du Code de la propriété intellectuelle pour se mettre en conformité avec la future directive.

Il n'en reste pas moins que l'adoption par la France d'une exception TDM signale un tournant dans le débat européen. Elle marque la fin de l'option contractuelle et témoigne de la détermination des utilisateurs d'obtenir cette exception et de combien la représentation nationale a été réceptive à cette demande. Toutefois, la France présente aussi une exception TDM beaucoup plus étroite que celle du Royaume-Uni. À l'été 2016, alors que la Commission européenne va publier sa proposition de directive, le Royaume-Uni et la France ont tous deux introduit une exception TDM, l'un en pensant qu'il était dans son bon droit, l'autre en sachant qu'il ne l'était pas.



50. Communiqué - Fouille de textes et de données (FTD) / *Text & data mining* : la position des éditeurs scientifiques du Syndicat national de l'édition (SNE) et de la fédération nationale de la presse d'information spécialisée (FNPS), 15 juin 2016, p. 2.

51. *Data mining* : la loi ne doit pas enterrer la recherche française, *Les Échos*, 25 avr. 2016.

52. Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une république numérique, art. 38.

53. CPI, art. L. 122-5, 10°.

54. L. Maurel, L'exception TDM dans la loi numérique, *S.I.Lex*, 11 nov. 2016.

55. V. notam. la précision apportée par L. Belot en CMP, Rapport n° 743 de MM. Frassa Et Belot, fait au nom de la commission mixte paritaire, 30 juin 2016, p. 16.

56. *Idem*, p. 15.

57. *Idem*, p. 16, Propos de M. Bréhier et de Mme Morin-Desailly.

58. CPI, art. L. 122-5, 10°.

59. CPI, art. L. 342-3, 5°.

60. Projet de décret sur l'exploration de textes et de données pour les besoins de la recherche publique, *Sciences communes*, mai 2017.

61. P.-C. Langlais, L'exception TDM sans décret d'application..., *Sciences communes*, mai 2017. M. Battisti et J. Schöpfel, Quel paysage juridique pour l'exploration de données ?, *Paralipomènes*, 27 juill. 2017.

IV. Positionnements au niveau européen et dialogue avec les États membres

La publication de la proposition de directive, aboutissement d'un processus que la Commission européenne a entamé en 2013 par une consultation publique sur la réforme du droit d'auteur, marque une étape importante dans le débat. Elle semble devoir consacrer le principe d'une exception dont les modalités sont maintenant en discussion dans les institutions européennes (A). En parallèle, de nouveaux États membres adoptent leurs propres exceptions TDM et d'autres connaissent d'importants changements politiques, comme le *Brexit*, qui peuvent eux aussi impacter les discussions sur l'exception TDM (B).

A. Exceptions TDM dans la proposition de directive et débat institutionnel

La commission propose de consacrer, dans l'article 3 de la directive, une exception obligatoire « pour les reproductions et extractions effectuées par des organismes de recherche, en vue de procéder à une fouille de textes et de données sur des œuvres ou autres objets protégés auxquels ils ont légitimement accès à des fins de recherche scientifique »⁶². Sur la reconnaissance d'une telle exception et la question de savoir si le droit européen autorise déjà le TDM, la Commission reste diplomatique. Si elle considère que certaines exceptions « pourraient s'appliquer », elle reconnaît qu'elles « sont facultatives » et « pas entièrement adaptées » au TDM⁶³. On notera que l'exception est obligatoire, la Commission souhaitant éviter les problèmes d'harmonisation liés au caractère facultatif des exceptions de la directive de 2001.

L'exception ne bénéficie qu'aux organismes de recherche agissant dans l'intérêt général comme les universités ou instituts de recherche⁶⁴. En revanche, elle s'applique à tout type d'activités de recherche, y compris la recherche commerciale, la proposition précisant que « les organismes de recherche devraient également bénéficier de cette exception lorsqu'ils s'engagent dans des partenariats public-privé »⁶⁵. Ce faisant, la Commission retient l'applicabilité sans distinction, comme l'avait souhaité le rapport de l'Expert Group présidé par le professeur Hargreaves⁶⁶. L'exception s'applique aussi à tout type d'œuvres et objets protégés et il n'est pas possible d'y déroger par contrat⁶⁷. Les intérêts des titulaires de droit sont garantis par la condition d'accès légitime aux œuvres qui doit garantir la pérennité du marché des abonnements. Aussi, la proposition précise « qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une compensation pour les titulaires de droits », car « vu la nature et la portée de cette exception, le préjudice devrait être minime »⁶⁸.

Les titulaires de droits sont autorisés à appliquer des mesures proportionnées afin d'assurer la sécurité et l'intégrité des réseaux et bases de données⁶⁹. Dernier point, cette exception a vocation à s'appliquer à trois types de droit⁷⁰ : deux déjà très familiers, le droit d'auteur et celui des producteurs de bases de données, mais aussi un nouveau droit, le droit voisin des éditeurs de presse, que la commission a inclus dans sa proposition de directive, à l'article 11, et qui fait l'objet de vifs débats.

La discussion sur cette proposition se poursuit maintenant dans les institutions européennes où le débat se porte essentiellement sur son éventuelle extension à d'autres bénéficiaires. Ainsi, au Parlement européen, la députée Comodini Cachia remet un projet de rapport pour la Commission des affaires juridiques dans lequel elle propose d'élargir le bénéfice de l'exception, en l'ouvrant à toute personne et non plus seulement aux organismes de recherche et en l'ouvrant à l'ensemble des utilisations plutôt qu'à celles aux seules fins de recherche scientifique⁷¹. On se rappellera que la députée Julia Reda avait déjà appelé de ses vœux, dans son projet de rapport remis début 2015, une exception TDM très large ouverte à tous, mais que ce souhait avait été fortement recalibré durant les discussions en commission des affaires juridiques, la résolution finalement adoptée par le Parlement ne prévoyant que l'étude de solutions (dont les solutions contractuelles) les plus à même de favoriser le TDM pour la seule recherche⁷². Il sera intéressant de voir si le Parlement sera cette fois-ci plus réceptif à une exception large. Au Conseil de l'Union européenne, la présidence estonienne soumet, fin septembre 2017, un projet de compromis sur le TDM⁷³. Il contient des amendements qui, bien que beaucoup plus modestes que ceux discutés au Parlement, dénotent tout de même une volonté d'élargir le bénéfice de l'exception, en l'ouvrant aussi aux institutions de gestion

62. COM(2016) 593, préc., note 1, art. 3(1).

63. *Idem*, consid. 9.

64. *Idem*, consid. 11.

65. *Idem*, consid. 10.

66. Rapport Expert Group, préc., note 4, p. 7.

67. COM(2016) 593, préc., note 1, art. 3(2).

68. *Idem*, consid. 13.

69. *Idem*, art. 3(3).

70. *Idem*, art. 3(1).

71. T. C. Cachia, Projet de rapport sur la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, Commission des affaires juridiques du Parlement européen, 2017, p. 29, amendement 32.

72. Comparer J. Reda, Projet de rapport sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE, Commission des affaires juridiques du Parlement européen, 15 janv. 2015, § 18 et Résolution du Parlement européen du 9 juill. 2015 sur la mise en œuvre de la directive 2001/29/CE, § 48.

73. Présidence estonienne, Revised presidency compromise proposal regarding Articles 2 to 9 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, Conseil de l'Union européenne, 2017.

du patrimoine culturel⁷⁴. Ce débat doit se poursuivre au niveau européen au moins jusqu'en 2018.

B. Actualisation de la position des États membres

Depuis la publication de la proposition de directive, l'Irlande, l'Estonie et l'Allemagne ont changé leur législation ou ont proposé de le faire prenant ainsi position dans le débat (1). Pour la France (2) et le Royaume-Uni (3), d'importants changements politiques pourraient avoir un impact sur leur positionnement respectif sur la question du TDM.

1. Irlande, Estonie, Allemagne

En Irlande, le rapport de 2013 de la commission sur le droit d'auteur préconisait la création d'une exception TDM pour la recherche⁷⁵. À l'été 2016, le gouvernement avait préparé un projet de loi réformant le droit d'auteur en ce sens⁷⁶, mais celui-ci ne fut pas soumis à la discussion en raison du débat sur la directive.

En Estonie, une exception TDM est entrée en vigueur en janvier 2017⁷⁷. C'est sans doute l'exception la plus large au sein de l'Union. En effet, elle bénéficie à toute personne pour les utilisations non commerciales à des fins scientifique, éducative, d'information ou judiciaire. Elle s'applique à tout type d'œuvre protégée et ne peut entraîner de rémunération pour les ayants droit. Elle ne requiert que la mention du nom de l'auteur, du titre et de la source de l'œuvre.

Enfin, la loi allemande sur le droit d'auteur a été modifiée en 2017 pour inclure une exception TDM⁷⁸. Cette exception ne s'applique que pour la recherche scientifique non commerciale. Elle ne peut bénéficier qu'« à un cercle limité de personnes impliquées dans un projet de recherche scientifique » ou « aux personnes tierces chargées de vérifier la qualité de la recherche »⁷⁹. Elle s'applique à tout type d'œuvres. La loi prévoit, par ailleurs, qu'une fois le travail de recherche accompli, les reproductions doivent être effacées. Toutefois, il est possible de transmettre le corpus et les reproductions à des institutions agréées pour leur archivage⁸⁰. L'exception allemande est sans doute la plus conforme à celle du projet de directive.

2. France : nouveau gouvernement, nouveau positionnement ?

Comme nous l'avons vu, lors des débats parlementaires, la position du gouvernement français était initialement hostile à l'idée même d'une exception. Cette hostilité avait été relayée au niveau européen. Ainsi, dans sa réponse à la consultation publique de 2014, le gouvernement français s'interrogeait sur la nécessité d'une exception au niveau européen et estimait qu'une telle exception devait rester facultative, strictement limitée à

la recherche scientifique à des fins non commerciales et sur une base volontaire⁸¹. Contre l'avis du gouvernement, le parlement français a néanmoins adopté une exception limitée pour la recherche. Ce même parlement s'est déjà prononcé sur la proposition de directive par le biais de ses commissions des affaires européennes. Celles-ci se félicitaient du caractère limité de l'exception, mais souhaitaient qu'il soit garanti, voire renforcé, de peur que le TDM ne devienne « une exception totale du droit de reproduction »⁸². La commission du Sénat proposait même « de restreindre cette exception aux seuls textes et données à des fins de recherche et d'en exclure les usages commerciaux »⁸³ et invitait le gouvernement à soutenir ces orientations⁸⁴. Il sera intéressant de voir si le changement d'exécutif ainsi que le bouleversement de la composition du parlement à la suite des élections présidentielles et législatives de l'été 2017 vont infléchir la position française non seulement dans les négociations européennes, mais aussi dans les futurs débats sur la transposition en droit national de la directive. On notera notamment la présence au gouvernement de Mounir Mahjoubi qui avait été un fervent soutien de l'exception TDM lorsqu'il était président du CNNum.

3. Brexit et l'hypothèse d'une américanisation du régime des exceptions britanniques

L'influence du Royaume-Uni a été déterminante sur le sujet du TDM. La réflexion menée par le professeur Hargreaves ainsi que sa mise en œuvre par le gouvernement et le parlement britannique ont posé les jalons du débat au sein des pays membres et au niveau européen. Le Royaume-Uni ambitionnait non seulement de changer son droit national, mais aussi de changer



74. *Presidency compromise proposal (consolidated version) and state of play on the copyright directive*, Council of the European Union, 2017, p. 17, art. 3.

75. Irish Copyright Review Committee, *Modernising Copyright*, Ireland, Department of Jobs, *Enterprise and Innovation*, 2013, p. 85-88 et p. 157.

76. General Scheme of a Copyright Bill approved by Government, Department of Business, *Enterprise and Innovation*, 4 août 2016.

77. Estonian Copyright Act (consolidated text of January 1, 2017), WIPO Lex, art. 19(3).

78. Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz, UrhG) as last amended by Article 1 of the Act of 1 September 2017 (Federal Law Gazette I p. 3346), The Federal Ministry of Justice and Consumer Protection [German Copyright Act], traduction par Ute Reusch, art. 60d.

79. *Idem*, art. 60d (1).

80. *Idem*, art. 60(3).

81. M. Karamanli, préc., note 42, p. 42.

82. M. Karamanli et H. Gaymard, Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes sur les propositions législatives relatives à la protection du droit d'auteur dans le marché unique du numérique n° 4136, AN, 2016, p. 11.

83. C. Mélot et R. Yung, *Projet d'avis politique sur le paquet « droit d'auteur »* transmis au Parlement européen, Commission des affaires européennes du Sénat, 19 janv. 2017, § 20.

84. *Idem*, § 24.

le cadre européen pour autoriser une exception plus large encore, notamment en la rendant applicable aux utilisations commerciales. La Commission semble avoir entendu ce souhait. Toutefois, l'exception britannique reste ouverte à un plus grand nombre de bénéficiaires. Mais, depuis le vote du *Brexit*, le Royaume-Uni n'a plus accès aux leviers institutionnels européens pour influencer les discussions sur le projet de directive. Par ailleurs, les discussions entre le gouvernement et les institutions européennes se focalisent sur des questions plus urgentes que celles sur du droit d'auteur. Néanmoins, il est probable que le Royaume-Uni conserve une influence sur la question du TDM. Paradoxalement, plus le Royaume-Uni s'éloignera de l'UE plus sa capacité à influencer le droit des exceptions de l'UE sera grande. En effet, si le Royaume-Uni devait quitter l'UE, mais rester dans le marché unique il serait à terme obligé de mettre son droit en conformité avec les dispositions de la future directive. Si en revanche il devait aussi quitter le marché unique, il retrouverait une très grande autonomie dans l'élaboration de son droit d'auteur. Il pourrait, comme le Japon, étendre son exception TDM aux activités de recherche commerciales. Il pourrait aussi décider de faire disparaître la condition de non-commercialité de l'ensemble de ses exceptions pour la recherche, retournant ainsi à la situation d'avant la transposition de la directive de 2001. Enfin, comme le souligne la doctrine, dans l'hypothèse d'un *hard Brexit*, la Grande-Bretagne pourrait adopter un système de *fair use* à l'américaine⁸⁵. Il convient donc aux institutions européennes de prendre en compte l'hypothèse d'un Royaume-Uni sorti de l'UE et muni d'une exception TDM renforcée, ouverte à un grand nombre de bénéficiaires, proche de la conception américaine et créant donc un avant-poste du *fair use* en Europe.

V. Pour une exception TDM la plus large possible

La proposition de directive offre déjà des avancées considérables sur la question du TDM. Elle reconnaît le principe d'une exception, l'ouvre à toutes les activités de recherche, y compris commerciale, et l'applique à toutes les œuvres. Ce faisant, la proposition affranchit déjà l'exception européenne de restrictions imposées dans certains états membres. Mais l'UE devrait étendre le bénéfice de l'exception au-delà des seules activités de recherche pour l'ouvrir à tout type d'utilisation ou, à tout le moins, en étendre le bénéfice bien au-delà des seuls organismes de recherche.

Si l'on doit entendre les inquiétudes des ayants droit, elles peuvent être relativisées et contrastées avec les promesses des discussions en cours. Le droit européen garantit déjà les intérêts des titulaires de droit, particulièrement

dans le contexte numérique. En Europe, les ayants droit peuvent combattre la reproduction et surtout la diffusion de leurs œuvres notamment par la mise en œuvre de poursuites civiles ou pénales, la mise en cause de la responsabilité des plateformes de contenus, le blocage des sites de *streaming*, ou bien, dans certains pays, les dispositifs de réponse graduée. Dans la poursuite de l'objectif légitime d'une protection accrue des titulaires, l'UE n'a pas hésité à innover notamment en créant le droit *sui generis* des bases de données ou en garantissant la protection des DRM. Elle propose de le faire à nouveau, avec cette directive, en reconnaissant un droit voisin des éditeurs de presse (article 11) ou en renforçant les prérogatives des titulaires vis-à-vis des plateformes de contenus (article 13 sur le transfert de valeur ou *value gap* en anglais). Ces deux propositions remettent en cause certains des équilibres entre les différents acteurs du monde du numérique et de la culture. Par contraste, une exception TDM, même la plus large possible, ne remet en cause ni l'architecture du système du droit d'auteur ni l'arsenal juridique à la disposition des ayants droit. En exigeant l'accès légitime à l'œuvre, elle garantit la rémunération des titulaires. En ne visant que le droit de reproduction, elle laisse intact le droit de communication au public et donc, la possibilité de poursuivre ceux qui diffusent les œuvres sans autorisation. Par exemple, les éditeurs pourront toujours, comme ils l'ont déjà fait aux États-Unis, poursuivre Sci-Hub, la plateforme de piratage des articles de revues scientifiques⁸⁶.

En optant, pour une exception TDM aussi large que possible, l'UE donnera aux chercheurs et aux acteurs économiques européens les moyens de concurrencer les États-Unis dans ce secteur prometteur. On l'a vu, particulièrement dans l'avènement de l'exception française, cette demande est très forte et difficile à ignorer par les législateurs. De nombreux commentateurs et groupes de pression demandent une large exception au niveau européen⁸⁷. L'UE, si elle peut tenir compte des arbitrages déjà effectués par certains pays, peut aussi s'en affranchir et choisir d'aller plus loin que ces législateurs nationaux. Il n'y a pas à proprement parler de tradition



85. R. Arnold, L. A. F. Bently, E. Derclaye et G. B. Dinwoodie, *IP Law Post-Brexit*, 2017, 101-2 *Judicature* 65, 69.

86. D. Desbordes, Le procès des pirates condamne Sci-hub : 15 millions de dollars, *Sciences & Avenir*, 30 juin 2017.

87. V. notam. T. Margoni et G. Dore, Why we need a Text and Data Mining Exception (But it is Not Enough) (2016) Zenodo; C. Geib, From infringement to exception: why the rules on data mining in Europe need to change, *CREATe Working Paper 2016/07*; E. Rosati, An EU text and data mining exception: will it deliver what the Digital Single Market Strategy promised?, *IPKAT*, 22 mai 2017; C. Geiger, G. Froisio et O. Bulayenko, Opinion of the CEIPI on the European Commission's proposal to reform copyright limitations and exceptions in the European Union, Centre for International Intellectual Property Studies Research Paper No. 2017-09; European Alliance for Research Excellence, Open letter: Securing Europe's leadership in the data economy by revising the Text and Data Mining (TDM) exception, 26 sept. 2017.

de l'exception TDM dans aucun des États membres. Ceci est d'autant plus vrai que l'analyse juridique par laquelle les États se sont arrogé le droit de créer une nouvelle exception est discutable. Il y a tout au plus des exceptions TDM que certains États ont tenté de faire rentrer dans un cadre européen alors trop étroit. L'UE peut s'affranchir de ces contraintes en redéfinissant son propre cadre de référence pour son exception TDM.

Enfin, en consacrant une exception large, capable de rivaliser avec les réalités du *fair use* américain, l'UE légitimerait la méthode européenne de fabrication des exceptions. En effet, elle démontrerait alors la réactivité de son approche législative, plutôt que jurisprudentielle, dans la création de nouvelles exceptions. Pour toutes ces raisons, l'Union européenne doit donc saisir cette chance de mettre à jour son droit d'auteur en adoptant une exception TDM ouverte au plus grand nombre de bénéficiaires et d'utilisations.

