

### Teil 3 – Externe Beschränkungen

#### 1ter Diskutant – Prof. Valérie Benabou

Je voudrais avant tout faire quelques constats qui me sont venus en même temps que se déroulent ces journées.

D'abord, je suis un peu mal à l'aise sur une chose : j'ai l'impression que les discussions nous amènent comme des papillons de nuits à frapper les mêmes objets, les mêmes limites. Le thème des frontières externes nous renvoie à toutes les discussions que nous avons eu ce matin sur les changements de perspective, le droit d'auteur vis-à-vis des libertés fondamentales etc. et aussi des discussions que nous avons eues hier sur la question de savoir si il faut limiter l'objet du droit d'auteur. Limiter l'objet du droit d'auteur : oui, mais il ne faut pas ignorer que s'il existe une demande économique, d'autres protections se mettront nécessairement en place – par la concurrence déloyale ou d'autres types de protections-. Augmenter les barrières internes à la protection, c'est risquer d'importer les difficultés actuelles à des monopoles nouvellement créés. Il n'est que de voir la question du droit sui generis sur les bases de données pour comprendre en quoi l'exclusion du droit d'auteur de certains objets de protection (l'investissement) n'améliore pas pour autant la libre disponibilité de l'information, en raison du développement des modes de réservation.

J'ai, par ailleurs, la sensation que nous avons une manière très autarcique d'envisager notre matière comme si le droit d'auteur était une sorte de corps autonome qui flottait au sein du Droit et qui, parfois certes, toucherait aux autres pans du Droit mais de façon tout à fait conflictuelle et exceptionnelle. Or, je ne sais pas si c'est une bonne manière d'envisager les choses. Cette tendance à percevoir le droit d'auteur comme un ensemble clos, fermé risque de nous faire passer à côté des véritables questionnements. Elle nous conduit d'ailleurs à nous répéter entre ce matin et cet après-midi puisque les enjeux sont les mêmes, que les intérêts externes soient « internalisés » ou non dans la législation sur le droit d'auteur.

Un jour la frontière sera fixée en dehors de la législation du droit d'auteur et puis le lendemain elle sera à l'intérieur, ainsi que le disait Mme Conde Gallego. L'épuisement des droits, par exemple, a été une limite externe et est désormais intégré dans la législation du droit d'auteur et en devient une limite interne. Par conséquent, il est loisible de se demander si la distinction même entre les limites externes du droit d'auteur et les limites internes du droit d'auteur est opportune.

Malgré tout, je suis censée parler des limites externes du droit d'auteur et nos principaux « discutants » ont essentiellement analysé les impacts du droit et de la concurrence. Je vais également en parler tout en focalisant davantage mon propos sur le droit d'auteur face à l'ordre public dans ses différentes expressions, dont le droit de la concurrence. Michel Vivant a déjà écrit que le droit d'auteur a été limité de tout temps et de façon très intense par le reste des législations dès lors que s'exprime un intérêt public ou un intérêt privé coloré d'ordre public.

Il semble qu'existent depuis longtemps, à de nombreux niveaux, des limites au droit d'auteur guidées par l'ordre public « général » :

Il existe un certain nombre d'obstacles, de limites externes au droit d'auteur dans le processus même de création et dans le processus de diffusion.

- au stade amont de la création d'abord : on est interdit de créer un certain nombre de choses, soit parce qu'on aura pas accès à des supports (on ne peut pas faire de graffitis par ex. sans l'accord du propriétaire du mur sur lequel on va faire le graffiti et l'expression artistique est brisée par une interdiction qui va viser la sécurité publique), soit à raison de certaines formes de censures, dont Bernt Hugenholtz traitera ;

- en aval également, on ne peut pas diffuser nécessairement tout ce que l'on crée parce que l'ordre public s'y oppose ; par exemple il y a eu un certain nombre d'interdictions pour cause de diffamation, parce qu'il y a eu un commentaire raciste dans le propos, en raison de quelque chose qui va choquer la morale, ou toucher les limites de la pornographie autorisée.

Il existe encore un certain nombre de limites qui peuvent être données dès lors que le droit d'auteur n'est pas exercé légitimement, ce qui va conduire à restreindre judiciairement l'intervention possible de la revendication de l'auteur en lui déniait un intérêt légitime à agir. On décèle ainsi une jurisprudence en France sur les œuvres pornographiques particulièrement « hard » qui démontre que si il n'est pas possible « d'écarter » cette œuvre de la protection du droit d'auteur puisqu'on ne doit pas distinguer selon le mérite, le genre ou la destination, il est en revanche loisible d'empêcher à l'auteur au moment où il veut judiciairement défendre son droit de le faire parce qu'il ne dispose pas d'un intérêt légitime à agir juridiquement défendu en justice. Cette exception procédurale constitue bien une limite si l'auteur utilise son droit d'une façon qui est manifestement contraire à un ordre public ou – et ce n'est pas une exception de procédure mais une exception de fond – lorsqu'il utilise son droit de manière abusive, ou encore lorsque par l'utilisation de son droit, il fait une fraude à l'ordre public ou à l'ordre public procédural.

Si on entre dans le détail de toutes les législations qui, de près ou de loin, directement ou indirectement, entravent la liberté de création, de diffusion ou l'exercice du droit, force est de constater qu'il y en a beaucoup. Or, on a jusqu'à présent vécu avec cette « contrainte externe » sans trop se poser de questions parce que la marge de manœuvre des auteurs n'était pas trop atteinte sauf la question de la liberté d'expression qui fera l'objet de traitements ultérieurs.

Ce qui nous rassemble aujourd'hui, est davantage l'ordre public économique. Sur ce seul terrain, je voulais envisager deux points, à savoir le droit de la concurrence et le droit de la consommation puisqu'il me semble qu'existe un mouvement convergent de ces deux branches du droit qui viennent frapper au cœur du droit d'auteur, qui tendent à vouloir contrôler de façon très précise l'exercice du droit d'auteur en se prévalant d'un intérêt légitime supérieur à celui de l'auteur, à savoir l'intérêt du bien commun voire l'intérêt du consommateur, (tout ceci étant parfois un peu confus).

Si on se place dans la perspective du droit de la concurrence, on ne doit pas nécessairement poser le rapport en termes de contradiction, même si les caractéristiques de ces différentes branches du droit entrent en contact, parfois par voie de friction, parce que les objectifs défendus sont a priori antithétiques (monopole d'un côté, concurrence de l'autre ; opacité contre transparence, limites territoriales contre libre circulation, fluidité ; mais encore le bénéfice général proclamé par le droit de la concurrence contre, le profit d'un seul mis en avant dans le droit d'auteur).

On n'ignore pas que cette présentation est manichéenne, et surtout fautive, dans la mesure où le droit d'auteur contribue à l'existence d'une meilleure concurrence en pourvoyant des nouveaux produits, des nouveaux services et donc en « offrant »

quelque chose à tous. C'est la raison pour laquelle il nous semble vital pour le droit d'auteur de se prévaloir de sa fonction sociale ou d'une fonction d'intérêt général. Ce type d'analyse est connu et logique en Allemagne, mais pour des français, (on a tué hier sans rémission la théorie du droit naturel en droit d'auteur ce qui me convient parfaitement), ce raisonnement suppose d'aller très loin dans une redéfinition de la fonction du droit d'auteur.

Je crois néanmoins que c'est le moment de le faire.

Cette redéfinition est utile pour la survie de la « protection ». Ce qui doit nous préoccuper, en tant que spécialistes de propriété intellectuelle, c'est d'essayer de faire valoir que le droit d'auteur contribue à l'intérêt général, au bien être commun à travers sans doute une autre temporalité, à travers un bénéfice à long terme qui s'opposerait au bénéfice à court terme - économie de coûts ou l'économie de prix dont bénéficieraient les consommateurs - . C'est une balance d'intérêts court terme / long terme qui est difficile à faire valoir devant un juge, surtout si, comme c'est le cas, nous ne disposons pas ou peu d'analyses économiques propres au droit d'auteur qui démontrent l'efficacité du système.

Aujourd'hui, de nombreux économistes sont en train de mettre à mal le droit d'auteur en disant : démontrez que le droit d'auteur tel qu'il existe contribue effectivement à l'émergence d'une créativité, à une innovation. De ce point de vue, la simple transposition des analyses économiques du brevet au droit d'auteur n'est pas suffisante et il manque d'éléments probants pour répondre correctement aux fosses du droit d'auteur.

- Jusqu'à présent, la relation entre droit de la concurrence et droit d'auteur se paraît d'une certaine neutralité, à travers une ligne de partage qui n'autorisait à toucher que ce qui relève du mauvais usage par l'auteur de son monopole. Il s'agit de la fameuse distinction existence/exercice du droit selon laquelle le monopole en lui-même demeure épargné ainsi que la définition du monopole alors que l'utilisation, qui serait anti-concurrentielle du droit d'auteur, est susceptible d'être corrigée. Analysée comme un simple phénomène de correction, l'intervention demeure en principe exceptionnelle ; ce qui aboutit à la « théorie » des circonstances exceptionnelles.

Par hypothèse, le droit d'auteur doit contribuer à une meilleure efficacité économique et à une bonne efficacité concurrentielle. Exceptionnellement, l'exercice du droit d'auteur va tourner contre l'objectif que le droit d'auteur est censé défendre ; raison pour laquelle, le droit de la concurrence, « sur son cheval blanc », intervient afin de dompter les excès du droit d'auteur. Or, cette intervention externe pose au droit d'auteur des difficultés qui auraient peut-être pu être évitées par un équilibre intrinsèque au système.

En effet, la correction a parfois été drastique pour le refus de licence, comme pour le prix « excessif ». Si le droit d'auteur ne s'exerce pas dans un sens qui va profiter au marché, parce que le refus de licenciement conduit à refuser un accès à « l'objet » protégé pour le consommateur, alors le droit de la concurrence aura tendance à étendre autoritairement le champ de la diffusion de l'œuvre. Le prix élevé, de la même manière, constitue une manière de barrer l'accès des consommateurs à l'objet protégé, barrière que le droit de la concurrence s'efforce d'éradiquer.

- Le problème posé par l'application du droit de la concurrence, tient, selon moi, à l'inadéquation de ses propres instruments d'analyse avec le marché dont il est

question. Il me semble qu'on peut décliner cette inadéquation sur quatre points : le marché pertinent, la substituabilité, le prix et cette fameuse distinction existence/exercice.

- En ce qui concerne le marché pertinent, l'affaire IMS a atteint les limites du raisonnement et du caractère artificiel de la définition des marchés en droit d'auteur. L'arrêt IMS estime en effet qu'il existe un marché du droit qui n'est pas le marché sur lequel le droit est exploité. De cette manière, la Cour entretient l'idée qu'il y a bien deux marchés, ce qui lui permet de rester dans le cadre de la théorie des facilités essentielles telle que développée dans l'affaire Oscar Bronner.

Or, j'avoue ne pas savoir ce qu'est le marché du droit d'auteur en dehors de l'exploitation de ce droit. Il me semble qu'on fait comme si le droit d'auteur avait un marché primaire, puis des marchés secondaires. Mais un tel raisonnement n'a pas beaucoup de sens du point de vue du droit d'auteur parce que ce dernier autorise effectivement le titulaire à bénéficier de toutes les utilités que son monopole lui donne, quels que soient les marchés de produits ou de services sur lesquels il a vocation à s'exercer. On ne va pas dire : vous avez d'abord exploité votre livre sur le marché de l'édition (marché primaire) mais vous ne jouirez pas du monopole pleinement si vous envisagez une exploitation sur le marché secondaire de l'adaptation cinématographique du livre. Du point de vue du droit de la concurrence, ce sont bien deux marchés différents. Mais, du point de vue du droit d'auteur, le monopole doit être de même force sur le marché « primaire », marché d'origine d'exploitation et le marché « secondaire ».

Le danger gît, là où le titulaire se sert du droit d'auteur comme d'un moyen de se réserver complètement un marché sans même l'exploiter ; en ce cas, la finalité d'exploitation n'est plus remplie. C'était le cas dans l'arrêt Magill ; le titulaire bloquait l'émergence d'un produit nouveau pour lequel il y a une demande potentielle des consommateurs. En revanche, s'il y a un exercice effectif du droit d'auteur sur ce marché dérivé, je ne crois pas que le droit de la concurrence devrait pouvoir obliger à licencier. C'est pourtant la solution à laquelle aboutit indirectement la décision IMS, dans la mesure où elle considère comme potentiellement abusif le refus de licence même si le titulaire réalise déjà une exploitation sur le marché « secondaire ».

Je ne parviens pas à être totalement convaincue par la distinction entre marché primaire et marché secondaire en ce qui concerne l'exercice du droit d'auteur dans la mesure où j'ai l'impression qu'il est tout à fait artificiel d'isoler un marché « du droit » des marchés d'exploitation.

Il me semble ainsi que l'on n'a pas encore examiné suffisamment la distinction entre valeur du droit et valeur de la chose sur laquelle porte le droit. En droit de la propriété « classique », la valeur du droit de propriété réside essentiellement dans la valeur d'échange de l'objet de la propriété. Quand on est dans le droit de propriété incorporelle, la valeur du droit n'est évidemment pas égale à la valeur marchande de l'objet qui incorpore le droit et n'est pas non plus limitée à la somme des objets incorporant ce droit ; elle est une valeur dynamique constituée par une potentialité d'élargissement des marchés d'exploitation.

- Fait également souvent défaut une analyse de la substituabilité des produits ou des services.

On peut, par exemple, considérer que le marché observé est le marché du droit, un élément immatériel, et non l'objet concret qui incorpore l'œuvre. Si le marché c'est l'œuvre, la notion de substitution n'a alors pas grand sens. Il existe des œuvres pour lesquelles la substitutabilité est nulle dans la mesure où précisément la qualité de l'œuvre est déterminée par son originalité, par ce qui la rend unique au regard des autres. Le droit de la concurrence n'a pas pour autant à conclure à l'existence d'une position dominante sur un marché, s'il ne peut pas y avoir de substitution, s'agissant d'un marché nouveau, d'un produit nouveau pour lequel il n'existe pas d'équivalent.

Si on parle de la substituabilité des produits ou des services incorporant l'œuvre, alors en effet se pose la question de la substituabilité et de la position dominante vis-à-vis des autres produits ou services concurrents sur le marché de la demande culturelle, dans un secteur d'activité particulier, etc. Toutefois, en ce cas, rares seront les titulaires en position dominante.

Or, il me semble que là aussi, les instruments d'analyse ne sont pas très clairs sur ce que l'on envisage lorsqu'on parle de marché pertinent ou de substituabilité des produits.

- Sur le prix, la réflexion en avait été faite par l'avocat général dans l'affaire Tournier, les critères habituels du droit de la concurrence pour déterminer si le prix est excessif sont inapplicables pour le droit d'auteur, ou l'exercice du droit d'auteur par des sociétés de gestion collective. Il existe donc une inadéquation des référentiels habituels pour le prix.

- A ce titre, on peut évoquer une autre illustration dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française en 2001 où les juges avaient considéré que l'annuaire constituait une facilité essentielle et que France Télécom poursuivait une politique de prix excessif. La Cour ne s'en est pas tenue là, elle a ajouté que le prix demandé était hors de proportion avec le coût des moyens nécessaires pour accéder à l'information. Elle a ajouté que – c'était ici du droit sui generis et non du droit d'auteur - que les dispositions du code de la propriété intellectuelle ne devaient pas empêcher une autorité de la concurrence d'appliquer une mesure qui est orientée vers les coûts. L'idée est donc d'autoriser une analyse des prix excessifs par rapport à une orientation vers les coûts. Mais les coûts de quoi ? De quoi parle-t-on ? S'agit-il des coûts de la création immatérielle, du coût de la création de l'objet matériel dans lequel l'œuvre figure, du coût de diffusion ? De quel coût parle-t-on quand on parle de prix excessifs en propriété intellectuelle et particulièrement en droit d'auteur ? Le fait que la décision se rapporte au droit sui generis n'est qu'à demi rassurant...

- La distinction existence/exercice n'existe pas ! Dans l'arrêt Magill il a été admis que le remède réside dans la licence obligatoire. Par conséquent, le titulaire ne peut plus pleinement interdire, et donc « perd » le monopole que lui confie la loi. L'existence du droit dans sa définition monopolistique n'est plus reçue par le droit de la concurrence comme une constante.

Dans l'affaire Microsoft, le « remède » proposé par la Commission consiste à obliger le titulaire à créer quelque chose d'autre pour permettre l'interopérabilité des œuvres à venir avec le système dont il est le « propriétaire ». N'est-ce pas ici aussi venir empiéter sur le domaine définition du droit que d'obliger le créateur à créer autre chose pour pouvoir continuer à exploiter paisiblement sa création ? C'est un phénomène tout à fait étonnant, obliger quelqu'un à faire pour continuer à exploiter une création.

Il s'agit donc de suggérer une réflexion en tant que spécialiste de la propriété intellectuelle sur des critères de détermination de marché dans nos secteurs d'activité et aussi peut-être de réfléchir à une sorte de test de proportionnalité (reverse three-step-test ?) de façon à essayer de voir quel serait « l'inconvénient » de la situation actuelle. Les autorités de concurrence ont désormais tendance à estimer que l'intérêt de l'auteur doit s'écarter, dès lors que l'intérêt du consommateur est en balance. Mais elles omettent de procéder à une sorte de « diagnostic prospectif » qui pourrait tenir dans le questionnement suivant : si je détruis le monopole, il en résultera des avantages à court terme, mais, in fine, ces avantages à court terme vont-ils effectivement bénéficier au consommateur ou profitent-ils plutôt au concurrent ? Or, il importe de réfléchir également sur la seconde hypothèse, dans laquelle le consommateur n'aurait pas les bénéfices escomptés pour déterminer la « bonne » ligne d'intervention du droit de la concurrence.

Dernier élément : le consommateur contre l'auteur.

Le droit de la concurrence peut être, sous certaines réserves, compagnon du droit d'auteur mais ce qui me paraît dangereux aujourd'hui (pour répéter ce que disait Raquel Xalabarder ce matin), c'est le droit de la consommation. La protection des consommateurs se réalise désormais contre le droit d'auteur.

Il y a quelque chose d'inquiétant à devoir « protéger » les consommateurs contre les revendications des titulaires. Ceci résulte sans doute des politiques de limitation des accès, du caractère tout à fait tentaculaire du droit d'auteur visant à réprimer des usages qui, jusqu'à présent, étaient considérés comme licites ou tolérés que ce soit un usage normal de la chose matérielle ou la copie privée. Comme le disait Séverine Dusollier il s'agit d'une redite du vieux conflit entre la propriété matérielle et la propriété immatérielle mais revisitée avec de nouvelles propriétés ; conflit de masse entre un intérêt collectif contre l'intérêt particulier.

En France, nous avons un certain nombre de décisions qui, pour l'instant n'admettent pas un droit à la copie privée mais qui ont déjà obligé les titulaires à formuler sur les supports les limitations d'usage qui sont dues aux mesures de protection technique.

Une question demeure : le mouvement du droit de la consommation va-t-il conduire à mettre en place des obligations de rendre disponibles des moyens d'assurer l'interopérabilité soit avec des objets qui permettent d'avoir un usage normal de l'œuvre, soit avec des œuvres elles-mêmes ? Est-ce que le droit de la consommation va dire : si vous faites un CD, il doit être lu sur tout type de support ou si vous faites un logiciel, il doit pouvoir être interopérable avec d'autres logiciels. Vous pouvez l'utiliser sur tous systèmes d'exploitation.

Est-ce que cette définition de cet usage toléré ou normal doit être considérée seulement au regard du droit de l'auteur ou est-ce qu'elle doit intégrer d'autres règles du droit civil, du droit des biens ou encore des droits de la personnalité à travers le respect de la vie privée.

Autre question et c'est sans doute la plus importante, si la relation avec le droit d'auteur devient de façon systématique une relation contractuelle, c'est le droit des contrats et le droit des clauses abusives qui va venir corriger les excès des prétentions des ayants droit notamment à l'encontre de toutes ces clauses qui interdisent d'ouvrir sans avoir signé un certain nombre d'accords préalables.

Une ultime piste peut être évoquée ; n'est-il pas intéressant de réfléchir à la distinction qui faite dans la directive « enforcement » entre l'usage individuel personnel et l'usage professionnel qui permettrait peut-être aussi de sortir de cet antagonisme, de cette opposition de droits ?

**Prof. Reto M. Hilty**

Merci, Valérie. Ich stelle fest, dass es schwierig ist mit Thesen zu arbeiten, Referate sind einfacher.

Ich frage ganz schüchtern, Bernt und Prof. Heinemann, wie lange dauert Ihre Präsentation?

**Prof. Bernt Hugenholtz**

I have got about fifty minutes. No, just kidding. Maybe we should have the coffee now?

**Prof. Reto M. Hilty**

Yes, that is the question.

**Prof. Bernt Hugenholtz**

I think we should have coffee now.

**Prof. Reto M. Hilty**

We have coffee now.

Ich bitte Sie, um halb wieder hier zu sein, sonst läuft uns die Zeit davon. Danke.

**Prof. Reto M. Hilty**

Ich möchte mit Blick auf die Uhr das Wort ohne Umschweife an Bernd Hugenholtz weitergeben, mit dem Hinweis, dass ich nicht wollte, dass Du weniger sagen kannst als Du vor hattest. Es war nur die Frage, wie lange die Pause dauert. But take your time.