



« Soulier » et la résurgence de l'auteur

par Franck Macrez, Maître de conférences,
Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI), Université de Strasbourg

Sommaire de la décision >

L'article 2, sous a), et l'article 3, § 1, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une réglementation nationale confie à une société agréée de perception et de répartition de droits d'auteurs l'exercice du droit d'autoriser la reproduction et la communication au public, sous une forme numérique, de livres dits « indisponibles », à savoir des livres publiés en France avant le 1^{er} janvier 2001 et ne faisant plus l'objet ni d'une diffusion commerciale ni d'une publication sous une forme imprimée ou numérique, tout en permettant aux auteurs ou ayants droit de ces livres de s'opposer ou de mettre fin à cet exercice dans les conditions que cette réglementation définit.

2

Cour de justice de l'Union européenne (3^e ch.), 16 nov. 2016

Le texte intégral de cet arrêt est disponible sur le site www.dalloz.fr et sera intégré à la prochaine mise à jour du CD-Rom du *Recueil Dalloz*.

C-301/15

Mots-clés : PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE * Droit d'exploitation * Exploitation numérique * Livre indisponible * Droit d'auteur * Législation française * Incompatibilité avec le droit européen

Note

1. « Soulier et Doke ». La loi n° 2012-287 du 1^{er} mars 2012 « relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XX^e siècle »⁽¹⁾ (art. L. 134-1 à L. 134-9 CPI) a introduit un système complexe instaurant une gestion collective présumée des droits numériques des « livres » introuvables dans le commerce, mais toujours objets de droit d'auteur. Cette gestion collective n'est pas absolument obligatoire puisque l'auteur dispose de facultés d'opposition et de retrait, parmi lesquelles : opposition dans les six mois suivant l'inscription de l'œuvre dans une liste tenue par la Bibliothèque nationale de France

(art. L. 134-4, I), retrait demandé conjointement par l'auteur et le primoéditeur ou par l'auteur seul s'il prouve qu'il est l'unique titulaire des droits numériques (art. L. 134-6). Le décret d'application a fait l'objet d'un recours en excès de pouvoir devant le Conseil d'État engagé par M. Soulier et S. Doke, auquel se sont jointes une cinquantaine d'auteurs et associations d'auteurs. La haute juridiction administrative française a eu à poser deux questions préjudicielles pour l'éclairer sur la licéité du mécanisme instauré. La première fut une question prioritaire de constitutionnalité transmise au Conseil constitutionnel par une décision du 19 décembre 2013⁽²⁾, lequel a jugé le 28 février 2014⁽³⁾ que la loi n'était pas contraire à la Constitution, estimant que l'atteinte au droit de propriété n'était pas disproportionnée. L'affaire revenue devant le Conseil d'État, une seconde question préjudicielle fut transmise (d'office) à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)⁽⁴⁾.

2. « Soulier et Doke » devant la Cour de justice. La question préjudicielle revenait à se demander si le dispositif légal et réglementaire en cause constituait une « exception ou limitation » au droit d'auteur au sens de la directive « société de l'information » de 2001⁽⁵⁾, ce qui le rendrait contraire au droit de l'Union, la liste des exceptions ou limitations de l'article 5

(1) JORF 2 mars 2012 ; décret d'application pris après avis du Conseil d'État (Décr. n° 2013-182, 27 févr. 2013, JORF 1^{er} mars, p. 3835). (2) CE 6 mai 2015, n° 368208, D. 2015. 1427, note S. Nérison. (3) Cons. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, D. 2014. 542. (4) CE 6 mai 2015, n° 368208, préc. (5) Dir. 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, JO L 167, 22 juin 2001, p. 10.

étant exhaustive. La Cour répond positivement à cette première question, censurant en conséquence la législation française. Le second pivot de la décision est plus original puisque la question n'était pas posée par le Conseil d'État (et pour cause, il y avait répondu lui-même) et était avancée très incidemment par l'avocat général⁶ : la loi française introduit des formalités à la jouissance et l'exercice du droit d'auteur, prohibées par la Convention de Berne. La solution (I) ne nous apparaît pas surprenante⁷, et il conviendra de la soumettre à une analyse critique (II), avant de tenter d'en évaluer la portée (III).

I - Solution

A - Fondements

3. Droit de l'Union. La Cour commence, à titre liminaire, par revoir les fondements textuels retenus par le Conseil d'État dans sa question préjudicielle. D'une part, elle rejette la référence à l'article 5 de la directive 2001/29, concernant les exceptions et limitations, de manière quelque peu péremptoire : cet article « apparaît dépourvu de pertinence aux fins de l'affaire au principal » (pt 27). La formule ne signifie pas que la législation française ne constitue pas une exception ou limitation, mais au contraire qu'elle ne peut être considérée comme relevant d'une situation prévue par cet article : il s'agit bien, au fond, d'une « dérogation non prévue par le législateur de l'Union à la protection assurée aux auteurs » (pt 45). D'autre part, la Cour ajoute au fondement de l'article 2 (droit de reproduction) celui de l'article 3 (droit de communication au public), ce dernier n'ayant pas été visé par la juridiction de renvoi.

4. Droit international. La Cour retient l'applicabilité du Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 et, par effet de ricochet, celle de la convention de Berne qui y est intégrée, en des termes qu'il convient de mentionner : « la Convention de Berne, aux articles 1^{er} à 21 de laquelle l'Union est tenue de se conformer en vertu de l'article 1^{er}, paragraphe 4, du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, auquel l'Union est partie et que la directive 2001/29 vise notamment à mettre en œuvre, comme l'indique son considérant 15 » (pt 32), doit s'appliquer. Autrement dit, si l'Union européenne n'est pas signataire de la Convention de Berne, le texte lui est pourtant applicable *via* le Traité OMPI. En conséquence, la Cour analyse la question posée au regard des articles 2 et 3 de la directive 2001/29 interprétés à la lumière du Traité OMPI et de la Convention de Berne.

B - Motivation

5. Une dérogation au droit d'auteur. La Cour commence par retenir le fait que la protection concerne à la fois l'existence et l'exercice des droits, en interprétant la directive européenne à la lumière de Convention de Berne (pt 31 de l'arrêt). Elle insiste ensuite sur le fait que les droits d'auteur « sont de nature préventive », ce qui implique que toute exploitation nécessite le consentement préalable de l'auteur (pt 33). La question qui se pose alors est celle de savoir de quelle manière le consentement de l'auteur doit être recueilli. Celui-ci pourrait, selon la Cour, être implicite (pts 35 s.), étant précisé que le niveau de protection élevé des auteurs implique que soient présentées des « garanties (leur) assurant l'information effective » de la « future utilisation » de leurs œuvres et des « moyens mis à leur disposition en vue de l'interdire » (pts 38 à 40). Il en résulte que l'absence d'opposition n'est pas suffisante à constituer un consentement implicite sans garantie d'information « effective et individualisée des auteurs » (pt 43). Outre la faculté d'opposition dans un délai de six mois (invalidée faute de garantie d'information effective et individualisée), la Cour prend le soin de préciser son analyse quant aux autres hypothèses de retrait et d'opposition : celle du retrait demandé d'un commun accord avec l'éditeur primo-exploitant et celle dans laquelle l'auteur doit prouver qu'il est lui-même titulaire des droits. L'affirmation de la place de l'auteur est réitérée (pts 47 et 48) : l'auteur est le seul titulaire de droits *ab initio*⁸ et l'attribution de droits à un tiers ne peut se faire à son détriment⁹. Il en résulte que l'exercice du droit d'opposition ne peut être conditionné à l'accord d'un tiers (en l'espèce l'éditeur). Quant à la seconde hypothèse, elle bute sur le principe de prohibition des formalités.

6. Une prohibition des formalités. La Cour examine l'hypothèse de possibilité de retrait par l'auteur conditionnée à la preuve par lui qu'il est titulaire des droits : la loi du 1^{er} mars 2012 dispose, en effet, que « l'auteur d'un livre indisponible peut décider à tout moment de retirer à la société de perception et de répartition des droits [...] le droit d'autoriser la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique, s'il apporte la preuve qu'il est le seul titulaire des droits définis audit article L. 134-3 [droits d'exploitation numérique] » (art. L. 134-6, al. 2). Elle rappelle, pour ce faire, la teneur de l'article 5, § 2, de la Convention de Berne (la jouissance et l'exercice des droits ne peuvent être subordonnés à aucune formalité), pour juger que la loi française instaure une véritable formalité « consistant à prouver que d'autres personnes ne sont pas, par ailleurs, titulaires d'autres droits sur ladite œuvre, tels que ceux portant sur son exploitation sous

(6) Concl. av. gén., C-301/15, *Soulier et Doke*, 7 juill. 2016, note infrapaginale n° 30. V. F. Macrez, « Ayerdhal et Doke » à Luxembourg : limitations et exceptions en droit d'auteur européen - À propos de la saisine n° C-301/15 de la Cour de justice de l'UE, *Liber Amicorum* Gilles Vercken, nov. 2015, <<http://franck.macrez.net/?p=400>> ; S. Nérisson, Opinion of AG Wathelet in the *Soulier and Doke* case (C-301/15) : Licensing exclusive rights requires express prior consent of the author ; opt-out doesn't help., *Kluwer Copyright Blog*, 15 août 2016. (7) F. Macrez, L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?, D. 2012. 749. (8) CJUE 9 févr. 2012, aff. C-277/10, *Luksan*, pt 53, D. 2012. 2836, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2012. 318, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2012. 964, obs. E. Treppoz. (9) CJUE 12 nov. 2015, aff. C-572/13, *Hewlett-Packard c/ Reprobel*, pts 47-49, Dalloz IP/IT 2016. 30, obs. V. Benabou ; RTD com. 2016. 114, obs. F. Pollaud-Dulian.

forme imprimée » (pt 51). Cela, pour nous, relève de l'évidence ¹⁰.

II - Analyse critique

A - Fondements

7. Droit de l'Union. Tout d'abord, le rejet de la référence à l'article 5 est quelque peu expéditif : plutôt qu'une observation liminaire concernant les fondements juridiques, elle relève en réalité de l'analyse substantielle. En ce sens, elle aurait pu logiquement constituer une étape du raisonnement postérieure au constat de l'atteinte aux droits (art. 2 et 3) : parce qu'il y a atteinte, il aurait été nécessaire dans un second temps de vérifier si celle-ci n'est pas couverte par une exception de l'article 5. Il demeure qu'au fond, l'analyse est conforme au texte : l'atteinte réalisée ne relève pas d'une exception ou limitation ¹¹ prévue par l'article 5. Ensuite, ajouter le fondement de l'article 3 était à la fois inévitable et justifié : l'exploitation d'une œuvre sous forme numérique concerne nécessairement tant le droit de reproduction que celui de communication au public ¹². Et l'article L. 134-3, I, alinéa 2, du code de la propriété intellectuelle prévoit bien que la gestion collective créée porte sur « la reproduction et la représentation du livre sous une forme numérique... ». Enfin, une interprétation à la lumière de la directive sur la gestion collective du droit d'auteur du 26 février 2014 ¹³ aurait été à notre sens justifiée, en particulier de son article 5, § 7, dont l'exigence quant au consentement correspond à celle de la Cour dans sa décision.

8. Droit international. L'applicabilité de la Convention de Berne en droit de l'Union n'était, jusqu'à présent, pas nettement affirmée dans la jurisprudence de la Cour. Elle est (enfin !) consacrée par une formule non équivoque, ce qui influe potentiellement (et heureusement) sur l'ensemble du droit d'auteur européen. En revanche, la raison pour laquelle l'article 17, § 2, de la Charte des droits fondamentaux n'est pas visée, alors qu'il est régulièrement utilisé dans la jurisprudence européenne ¹⁴, nous paraît obscure. Il est vrai que le texte n'était pas nécessaire à la question posée, mais son visa aurait conforté le raisonnement mené quant à la nature préventive du droit d'auteur, la nécessité du consentement préalable ou encore le niveau de protection élevé que le droit européen accorde à l'auteur.

B - Motivation

9. Sur la dérogation au droit des auteurs. L'affirmation selon laquelle le droit d'auteur est un droit de nature préventive est cohérente avec la jurisprudence de la Cour ¹⁵ et apparaît parfaitement justifiée. Quant à l'hypothèse du consentement implicite, la Cour allège l'exigence de consentement exprès retenue par l'avocat général ¹⁶. Il ne fait guère de doute que le risque d'invalidation de l'ensemble des systèmes de gestion collective obligatoire et de licence étendue, que recelait cette proposition, a motivé cette construction de la Cour, résultat d'un syllogisme inversé qui lui est coutumier. Si l'on peut partager cette préoccupation, le fondement textuel de la possibilité de consentement implicite nous paraît faire défaut. Quant à la condition de « garanties assurant l'information effective et individualisée des auteurs », elle constitue le critère qui interrogera sur la conformité des dispositifs de gestion collective obligatoire au droit européen. L'analyse se fera nécessairement au cas par cas (niveau de garantie, d'effectivité, nature de l'information, etc.), et il est possible que la Cour ait de nouveau à préciser le sens de cette nouvelle condition. Il reste à espérer qu'elle ne multiplie pas les critères, comme elle l'a fait pour la construction baroque de la notion de communication au public. Quant à la place centrale de l'auteur au sein du droit d'auteur, elle est confortée par la décision commentée et semble désormais irriguer la jurisprudence européenne ¹⁷, ce qui nous paraît évidemment salutaire.

10. Sur la prohibition des formalités. La solution est cohérente avec le rappel selon lequel la protection porte à la fois sur l'existence et l'exercice des droits, ainsi que son affirmation de la pleine applicabilité de la Convention de Berne dans l'acquis communautaire. En l'espèce, la caractérisation de formalités mérite d'être pleinement approuvée : l'auteur était, en effet, dans une situation où il devait prouver qu'il était titulaire des droits numériques sur son œuvre (à l'aide de « tout élément probant » : art. R. 134-9), c'est-à-dire qu'il ne les avait pas déjà cédés à un tiers. Fait négatif à prouver, *probatio diabolica* : le mécanisme n'était naturellement pas acceptable pour les auteurs. Le fait que la question n'était pas posée par la juridiction de renvoi est particulièrement remarquable (et pour cause : le Conseil d'État avait validé le dispositif sur ce point ¹⁸ !) : la Cour se montre volontariste sur la question, d'autant que l'affirmation de la prohibition des formalités n'était pas nécessaire à la censure du dispositif. En revanche, il est permis de s'interroger sur le fait que la Cour vise la preuve

(10) S. Nérison, La légitimité de la gestion collective des droits des auteurs en France et en Allemagne, IRJS, 2013, n° 614 ; F. Macrez, L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ?, préc., n° 19. (11) Il nous semble qu'il s'agit d'une véritable exception et non d'une limitation (pour la distinction, CJUE 27 juin 2013, aff. C-457/11, *Verwertungsgesellschaft Wort c/ Kyocera*, pts 36 s., D. 2013. 1680 ; RTD com. 2013. 716, obs. F. Pollaud-Dulian), même si en l'espèce la Cour ne distingue pas. (12) CJUE 11 sept. 2014, *Ulmer*, préc., pt 37. (13) Dir. 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2014, JOUE L 84, 20 mars 2014, p. 72. (14) Par ex., CJCE 30 sept. 2004, aff. C-275/02, *Promusicae*, pt 62, RSC 2005. 148, obs. L. Idot. (15) CJCE 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq*, pts 57 et 74, D. 2011. 2164, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2009. 715, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2010. 939, chron. E. Treppoz ; 4 oct. 2011, aff. C-403/08, *Football Association Premier League c/ QC Leisure*, pt 162, D. 2011. 2474, 2012. 704, obs. N. Alaphilippe, et 2836, obs. P. Sirinelli ; AJDA 2011. 2339, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD com. 2011. 744, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2011. 855, obs. E. Treppoz, 2012. 229, obs. A.-L. Sibony, et 446, obs. J.-B. Blaise ; 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson*, pt 15, D. 2014. 480, 2078, obs. P. Sirinelli, et 2317, obs. J. Larriue ; RTD com. 2014. 600, obs. F. Pollaud-Dulian ; RTD eur. 2014. 965, obs. E. Treppoz. (16) Concl. av. gén., préc., pt 39. (17) Aff. *Luksan et Reprobel*, préc. (18) CE 6 mai 2015, préc., consid. 7.

des droits d'exploitation sous forme imprimée à propos de la dernière hypothèse d'opposition (pt 51 *in fine*), alors que le texte français (l'art. L. 134-6, al. 2, *in fine*, renvoie à l'art. L. 134-3) renvoie aux droits numériques. En réalité, l'hypothèse de preuve négative à propos des droits d'exploitation sous forme imprimée concerne un autre cas d'opposition, non mentionné par la Cour (celui de l'art. L. 134-5, al. 5). À moins d'une erreur matérielle assez improbable, il faut en déduire que tout cas d'opposition ou de retrait est concerné, dès lors qu'une preuve de sa seule titularité est à la charge de l'auteur. Il nous semble d'ailleurs que même une règle imposant au titulaire d'apporter la preuve de son identité relève de la formalité prohibée : les démarches à opérer dans cette hypothèse constituent de véritables formalités (copie de pièce d'identité, courrier, attestation sur l'honneur, voire certificat établissant la qualité d'héritier...), certes plus légères, mais bien présentes, la Convention de Berne ne distinguant pas et prohibant toute formalité.

III - Portée

A - En France

11. Les ciseaux de la Parque. La décision marque à n'en pas douter la fin de l'expérimentation légale française : le Conseil d'État n'aura d'autre latitude que d'annuler le décret d'application, et de régler la question de la mise en œuvre de sa décision dans le temps. Pour l'avenir, et pour ne pas totalement obérer les numérisations réalisées depuis 2013, il conviendra de s'interroger sur un possible système garantissant l'information effective et individualisée des auteurs, qui n'aura en tout état de cause que peu à voir avec celui de la loi de 2012. Sans doute une initiative portée par les auteurs eux-mêmes¹⁹ serait la mieux à même de présenter ces garanties.

12. Et « Google image » ? La gestion collective sur le référencement des œuvres visuelles instaurée dans la loi « création » n° 2016-925 du 7 juillet 2016, autrement appelée (improprement) « taxe Google image » (art. L. 136-1 nouv. CPI), peut-elle survivre à la décision européenne ? Il semble possible d'estimer que les garanties d'information des auteurs sont remplies, dès lors que l'auteur a autorisé l'exploitation en ligne ainsi que son référencement. La référence faite par la Cour à l'arrêt *Svensson* (pt 36) irait dans le sens d'une telle interprétation d'un consentement implicite de l'auteur. Mais on peut rester sceptique à l'idée qu'il y aurait une rémunéra-

tion supplémentaire sans nouvel acte de communication au public, faute de public nouveau²⁰.

B - En Europe

13. Proposition de directive. La solution peut également interroger quant à sa portée au regard de la proposition de directive présentée par la Commission européenne le 14 septembre 2016²¹. Son article 7, § 1, prévoit, à propos d'œuvres indisponibles, que les licences accordées par des sociétés de gestion collective à des « institutions de gestion du patrimoine culturel » peuvent être étendues à des auteurs non membres de la société de gestion, à la condition notamment que ceux-ci puissent à tout moment s'opposer à l'application de la licence et que la société de gestion soit largement représentative des auteurs de la catégorie d'œuvres dont il s'agit. La décision commentée confirme que la proposition de directive prévoit la création d'une nouvelle exception au droit d'auteur, faute de garantie d'information effective et individualisée. Quant au système d'« opt-out » proposé, il pose la question de la notion de formalité. Si l'on peut partager à la fois l'objectif poursuivi (numériser des collections au sein des institutions culturelles au bénéfice du public) et le constat que ces formalités sont relativement légères (l'opposition de l'art. 7, § 1 c), n'est pas conditionnée à une preuve dont la charge est supportée par l'auteur et doit être possible « à tout moment », il nous semble qu'une formalité, même légère, reste une formalité prohibée, la Convention ne faisant pas de distinction²². Par ailleurs, l'utilité du mécanisme proposé est à évaluer au regard de la récente décision de la Cour en matière de prêt numérique²³.

14. Conclusion. La décision « *Soulier et Doko* » marque une étape importante dans la résurgence de l'auteur en droit d'auteur européen. Continuant la trajectoire de la décision *Reprobel* qui avait remis l'auteur en bonne place au sein du « droit commun » que constitue la directive 2001/29, elle intègre la Convention de Berne dans l'ordre juridique européen. La conception du droit d'auteur comme un droit de l'auteur est renforcée : ce droit « de nature préventive » implique un consentement exprès de son titulaire naturel, et le consentement implicite doit être entendu strictement. Cette dernière possibilité peut laisser la place à des mécanismes de gestion collective obligatoire, même si l'interprétation de la notion de garantie d'information effective et individualisée et l'application de la règle de prohibition des formalités peuvent laisser quelque peu perplexe au stade de leur mise en œuvre.

(19) Comme celle réalisée en Italie, *Bookrepublic*, et son pendant en France, certes plus modeste, Multivers éditions. (20) *Svensson*, préc., spéc. pts 25 à 28. (21) COM(2016) 593 final du 14 sept. 2016. (22) *Supra*, n° 10. (23) CJUE, 10 nov. 2016, aff. C-174/15, *OpenBare*, D. 2016. 2334.